

Artikel 94 Grondwet toegepast

© 2012 Joke de Wit | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-632-0

NUR 823

www.bju.nl

Artikel 94 Grondwet toegepast

Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden 'vinden geen toepassing' in artikel 94 van de Grondwet

Applying Article 94 of the Constitution

A study into the meaning, the intention and the application of the words 'shall not be applicable' in Article 94 of the Constitution

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de rector magnificus Prof.dr. H.G. Schmidt
en volgens besluit van het College voor Promoties

De openbare verdediging zal plaatsvinden
op donderdag 26 april 2012 om 13.30 uur
door Johanna Christina de Wit
geboren te Dordrecht



Promotiecommissie

Promotoren: Prof.mr. R. de Lange
Prof.mr.dr. W.S.R. Stoter

Overige leden: Prof.dr. L.F.M. Besselink
Prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin
Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

Woord vooraf

Laat ik bij het begin beginnen. Eerst was er Roel de Lange die mij kort na het behalen van mijn meestertitel uitnodigde voor een gesprek over de mogelijkheid een proefschrift te schrijven. Uit het boek dat u nu in handen heeft, blijkt dat het niet bij dat ene gesprek is gebleven. Er zijn vele gesprekken gevolgd waarin Roel met mij meedacht over mijn onderzoek, maar mij ook de ruimte liet om er mijn eigen invulling aan te geven. Daarna kwam Suzan Stoter die mijn teksten eerst minutieus becommentarieerde om aansluitend tijdens onze gesprekken een aantal vragen te stellen, waardoor je het idee kreeg dat je het ontbrekende stukje uiteindelijk toch zelf had gevonden. Roel en Suzan, ik dank jullie hartelijk en ik zal onze gesprekken missen.

Ook dank ik de leden van de kleine commissie, prof.dr. L.F.M. Besselink, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin en prof.mr. A.J.M. Nuytinck, voor de tijd en de moeite die ze hebben genomen om het manuscript van commentaar te voorzien. Hun commentaar heeft mij geïnspireerd de laatste spreekwoordelijke puntjes op de i te zetten voor het onderzoek daadwerkelijk kon worden afgesloten.

Verder wil ik alle leden van de sectie Staats- en bestuursrecht bedanken voor de mogelijkheden die ze mij hebben geboden, om mijn onderwijsactiviteiten zo in te delen dat de resterende tijd efficiënt aan het schrijven van het proefschrift kon worden besteed. In het bijzonder wil ik Annette van Dijk bedanken voor haar enorme collegialiteit. En uiteraard bedank ik Hanneke Nummerdor, Nick Efthymiou en Bas Leeuw voor de helpende hand die ze kort voor het afsluiten van het manuscript hebben geboden. En als ik het dan toch over de laatste fase van het proces heb, dan mogen ook ‘die andere Boukje en Joke’ niet ongenoemd blijven. Joke Rademakers en Boukje van den Berg, dank voor jullie zorg en nauwkeurigheid.

Er zijn ook een aantal mensen die ik heb gevraagd met mij van gedachten te wisselen over mijn onderzoek, vanwege hun specifieke kennis van bepaalde rechtsgebieden en van de rechtspraak. Ik vond het bijzonder om te ervaren dat alle mensen die ik heb benaderd, onmiddellijk positief reageerden op mijn verzoek. Ik kijk met veel plezier terug op de gesprekken met

Artikel 94 Grondwet toegepast

mr.drs. J.W.A. Fleuren, prof.mr. P.A.M. Mevis en prof.mr. L.C. Winkel over de grondwetsgeschiedenis en de wat oudere rechtspraak, met mr. M.A. Loth, mr. W.M.E. Thomassen en mr.drs. N.J. van Vulpen over de rechtspraak van de Hoge Raad en de Antilliaanse rechter en over de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep en met prof.dr. M.W.C. Feteris en prof.dr. S.J.C. Hemels over (de rechtspraak in) het belastingrecht. En om het met de woorden van een van mijn gespreksgenoten te zeggen, “zoveel kennis, daar word je als promovenda heel bescheiden van!”

En dan zijn er in alfabetische volgorde Aubrich Bakhuis, Crystal Groos, Erik Visser, Farshida Zafar, Heleen van Loon, Irma Ravestijn, Maria Emelianov, Massis Hakverdian, Merel Koppenol en Mirjam Visser. Mijn moeder zei vroeger vaak als ik weer eens iets niet kon vinden, dat ik met mijn neus keek. Ze had ongetwijfeld gelijk. Wat in de afgelopen jaren in ieder geval is gebleken, is dat jullie niet met je neus kijken en heel goed kunnen zoeken, veel dank daarvoor.

Tja, misschien ben ik dit ‘Woord vooraf’ toch niet helemaal bij het begin begonnen. Want voor je aan een juridisch proefschrift kunt denken, moet je eerst een meesterscript hebben. Er zijn twee mensen die eind 2000 aan de wieg van mijn rechtenstudie stonden, Christien Dubbeldam en Rudolph Ladan. Zij hebben mij in de afgelopen jaren steeds op hun eigen manier bijgestaan. Ik waardeer het zeer dat ze ook tijdens de openbare verdediging van dit proefschrift naast mij zullen staan. Heel erg bedankt!

Gelukkig is er ook leven voor de studie en het proefschrift en hopelijk ook nog lang na de promotie. En dat leven deel ik al vele jaren met mijn vrouw Boukje. Zij weet als geen ander, dat ik eigenlijk niet weet, hoe ik haar op deze plaats moet bedanken voor haar onvoorwaardelijke steun en liefde. Daarom heeft ze mij geadviseerd om het dan maar te laten...

De tekst van het onderzoek is afgesloten op 31 december 2011.

Rotterdam, januari 2012

Joke de Wit

Inhoudsopgave

1	Inleiding	1
1.1	Probleemstelling en opzet van het onderzoek	2
1.2	Afbakening van het onderzoek	5
1.3	Methode van onderzoek en plan van behandeling	8
1.4	Belang van het onderzoek	11
2	De totstandkoming van het toetsingsartikel	13
2.1	Inleiding	13
2.2	De grondwetswijzigingen tot 1953	14
2.3	De grondwetswijziging van 1953	20
2.4	De grondwetswijziging van 1956	32
2.5	De grondwetswijziging van 1983	38
2.6	De Staatscommissie Grondwet 2010	41
2.7	Tot besluit	43
3.	De rechtspraak in de periode 1814 – 1979	45
3.1	Inleiding	45
3.2	De periode 1814 – 1918	46
3.3	De periode 1919 – 1952	53
3.4	De periode 1953 – 1959	66
3.4.1	De eerste uitspraak na de inwerkingtreding van het toetsingsartikel	67
3.4.2	Overige uitspraken	76
3.5	De periode 1960 – 1979	80
3.5.1	De eerste analysevraag	81
3.5.2	De tweede analysevraag	85
3.5.3	De derde analysevraag	87
3.5.4	Twee bijzondere uitspraken	100
3.6	Tot besluit	111

4	De rechtspraak in het privaatrecht vanaf 1980	113
4.1	Inleiding	113
4.2	Drie uitspraken uit de periode 1980 – 1984	114
4.2.1	De vierde analysevraag	133
4.3	De erkenning van onwettige kinderen	134
4.3.1	De toestemming van de moeder bij de erkenning tot 1 april 1998	135
4.3.2	De erkenning door een niet met de moeder gehuwde man tot 1 april 1998	142
4.3.3	De toestemming van de moeder bij de erkenning vanaf 1 april 1998	145
4.4	De wettiging van natuurlijke kinderen	151
4.4.1	De brieven van wettiging: de reikwijdte van artikel 1:215 BW	152
4.4.2	De brieven van wettiging: terugwerkende kracht	158
4.4.3	De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap	164
4.5	Het gezag over minderjarige kinderen	171
4.5.1	De ouderlijke macht tot 2 november 1995	172
4.5.2	De voogdij tot 2 november 1995	183
4.5.3	Het gezagsrecht vanaf 2 november 1995	187
4.6	De geslachtsnaam van minderjarige kinderen na erkenning	199
4.6.1	De geslachtsnaam van minderjarige kinderen na erkenning tot 1 januari 1998	200
4.6.2	De geslachtsnaam van minderjarige kinderen na erkenning vanaf 1 januari 1998	204
4.7	Tot besluit	212

5	De rechtspraak in het publiekrecht vanaf 1980	217
5.1	Inleiding	217
5.2	Het recht op toegang tot de rechter in de Krankzinnigenwet en de Wet BOPZ	218
5.2.1	Het recht op toegang tot de rechter in de Krankzinnigenwet	218
5.2.2	Het recht op toegang tot de rechter in de Wet BOPZ	228
5.3	Gelijke behandeling in het sociaalzekerheidsrecht	230
5.3.1	Het onderscheid naar geslacht	231
5.3.2	Het onderscheid naar burgerlijke staat	249
5.3.3	Gelijke behandeling in de Algemene nabestaandenwet	258
5.4	Gelijke behandeling in het belastingrecht	262
5.4.1	De periode 1988 – 2001	263
5.4.2	De periode vanaf 2002	283
5.5	Tot besluit	288
6	Conclusies	293
6.1	Inleiding	293
6.2	De periode dat in de Grondwet geen toetsingsartikel is opgenomen	293
6.2.1	De periode 1814 – 1918	294
6.2.2	De periode 1919 – 1952	295
6.3	De periode dat in de Grondwet een toetsingsartikel is opgenomen	296
6.3.1	De periode 1953 – 1979	297
6.3.2	De invulling van de toetsingsbevoegdheid vanaf 1980	298
6.3.3	De invulling van het uitspraakgebod vanaf 1980	300
6.4	Tot besluit	304

Artikel 94 Grondwet toegepast

Summary	307
Aangehaalde literatuur	321
Jurisprudentie	327
Bijlage	337
Curriculum Vitae	339

Gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
AAW	Algemene Arbeidsongeschiktheidswet
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
A-G	Advocaat-generaal
Anw	Algemene nabestaandenwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
ARP	Anti-Revolutionaire Partij
ARRS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
AWW	Algemene Weduwen- en Wezenwet
BNB	Beslissingen in belastingzaken/Nederlandse belasting-rechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
CDA	Christen Democratisch Appèl
CRM	Comité voor de rechten van de mens
CRvB	Centrale Raad van Beroep
D'66 / D66	Politieke Partij Democraten '66 / 66
DD	Delikt en Delinkwent
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU	Europese Unie
EVRM	Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gst.	De Gemeentestem
HR	Hoge Raad

Artikel 94 Grondwet toegepast

IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind
JPNA-AR	Jurisprudentie Publiekrecht Nederlandse Antillen en Aruba
Ktr.	Kantonrechter
KVP	Katholieke Volkspartij
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NVIR	Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht
OvJ	Officier van justitie
Pres.	President
Prg.	De Praktijkgids
PvdA	Partij van de Arbeid
Rb.	Rechtbank
RFR	Rechtspraak familierecht
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekering
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering

Gebruikte afkortingen

TAR	Tijdschrift voor Antilliaans recht
TAR-Justicia	Tijdschrift voor Antilliaans recht-Justicia
t.b.r.	Terbeschikkingstelling van de regering
TFB	Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht
Trb.	Tractatenblad
TvS	Tijdschrift voor Strafrecht
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
vz.	Voorzitter
W	Weekblad voor het recht
Wet BOPZ	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
Wet BPM	Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WNI	Wet op het Nederlanderschap en het ingezetenschap
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Wuv	Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers 1940-1945
WWV	Wet Werkloosheidsvoorziening
ZFW	Ziekenfondswet
ZW	Ziektewet

1 Inleiding

In mei 1981 verzoekt een dan nog minderjarige vrouw van negentien jaar¹ de kantonrechter haar toestemming te verlenen voor haar huwelijk. Een minderjarige heeft voor een huwelijk in beginsel toestemming nodig van zijn ouders. Als een van de ouders deze toestemming weigert, kan de minderjarige de rechter verzoeken vervangende toestemming voor het huwelijk te verlenen. De vader van deze jonge vrouw heeft zijn toestemming voor het huwelijk geweigerd. De kantonrechter en in hoger beroep de Rechtbank Breda verlenen de dochter geen vervangende toestemming voor het huwelijk. De rechters vinden de grondslag voor hun weigering in de nationale bepaling die aangeeft dat de rechter geen vervangende toestemming voor een huwelijk kan geven, als een ouder die het gezag over zijn kind heeft, zijn toestemming weigert.

De vrouw, die inmiddels twintig is en dus binnen een jaar zonder toestemming van haar vader kan trouwen, legt zich niet neer bij de beslissing van de rechtbank. Zij stelt cassatieberoep in bij de Hoge Raad. De Hoge Raad acht de nationale bepaling die de rechtbank heeft toegepast, niet verenigbaar met artikel 12 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).² De Hoge Raad beslist dat de rechter de vervangende toestemming voor het huwelijk slechts mag weigeren als de weigering van de ouders op redelijke gronden is gebaseerd.³ Als ouders de toestemming voor het huwelijk van hun kind zonder enige reden weigeren, dient de rechter de vervangende toestemming alsnog te verlenen.

¹ In 1981 was men meerderjarig als men 21 jaar of ouder was of als men trouwde of getrouwd was geweest.

² Artikel 12 EVRM regelt dat personen die de huwbare leeftijd hebben bereikt in het huwelijk moeten kunnen treden volgens de in hun land heersende regels.

³ HR 4 juni 1982, NJ 1983, 32, m.nt. E.A. Alkema. Deze beschikking wordt besproken in par. 4.2. Daar wordt ook de volledige tekst van de toepasselijke nationale bepalingen gegeven.

Artikel 94 Grondwet toegepast

In december 1988 verzoekt een man de Centrale Raad van Beroep (CRvB) hem na het overlijden van zijn echtgenote een uitkering op grond van de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW) toe te kennen.⁴ De weduwnaar beroept zich op een schending van het gelijkheidsbeginsel van artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Hij stelt dat hij wordt gediscrimineerd naar geslacht, omdat alleen vrouwen op grond van artikel 8 AWW recht hebben op een uitkering na het overlijden van hun echtgenoot. Een weduwnaar heeft op grond van artikel 8 AWW of enige andere AWW-bepaling geen recht op een uitkering. De CRvB oordeelt dat artikel 26 IVBPR is geschonden, omdat artikel 8 AWW niet van toepassing is op de weduwnaar. Artikel 26 IVBPR dient, aldus de CRvB, “het effect te hebben dat bij het bestaan van recht op uitkering en pensioen van weduwen op grond van de AWW aan de na het overlijden van een der echtelieden achterblijvende de in deze wet voor een weduwe voorziene aanspraken toekomen, ongeacht of de achterblijvende de man dan wel de vrouw is.”⁵

1.1 Probleemstelling en opzet van het onderzoek

De twee hier boven beschreven casus hebben op het eerste gezicht niet zo heel veel gemeen. In de eerste casus doet een jonge vrouw die graag wil trouwen, een beroep op de rechter, terwijl in de tweede uitspraak een man wiens huwelijk door het overlijden van zijn vrouw is geëindigd, zich tot de rechter wendt. Daarnaast is de eerste uitspraak een familierechtelijke beschikking van de Hoge Raad, terwijl de tweede uitspraak op het gebied van de sociale zekerheid ligt en afkomstig is van de CRvB.

Wel kan van beide uitspraken worden gezegd dat zij op een aantal procesrechtelijke punten overeenkomen en juist deze overeenkomsten vormen de aanleiding voor dit onderzoek. In beide casus beslecht de rechter het aan hem voorgelegde geschil. De rechter geeft daarmee uitvoering aan zijn

⁴ CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989, 67, m.nt. F.W.M. Keunen; *AB* 1989, 10, m.nt. J.H. Smits. Deze uitspraak wordt geanalyseerd in par. 5.3.1.

⁵ CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989, 67, m.nt. F.W.M. Keunen; *AB* 1989, 10, m.nt. J.H. Smits, onder II.

bevoegdheid om geschillen te beslechten, zoals deze is gecodificeerd in de artikelen 112 en 113 van de Grondwet en artikel 13 van de Wet algemene bepalingen.⁶ De rechter toetst om deze geschillen te beslechten een nationale bepaling van een wet in formele zin aan de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. De rechter ontleent aan het toetsingsartikel, het huidige artikel 94 van de Grondwet, de bevoegdheid om een nationale bepaling te toetsen aan een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling.⁷ De tekst van dit artikel luidt:

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.⁸

In beide geschillen oordeelt de rechter dat de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. Volgens de tekst van artikel 94 van de Grondwet dient de nationale bepaling in een dergelijk geval geen toepassing te vinden.⁹ In deze opdracht aan de rechter om de nationale bepaling niet toe te passen, lijkt impliciet de aanname besloten te liggen dat door het niet toepassen van de nationale bepaling de onverenigbaarheid met het internationale recht zal worden beëindigd. Echter, in beide bovenstaande uitspraken geeft de rechter geen gehoor aan de opdracht van artikel 94 van de Grondwet om de nationale bepaling niet toe te passen. Wel beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de verdragsbepaling. In de uitspraak over de vervangende toestemming voor het huwelijk beëindigt de rechter de onverenigbaarheid door de nationale bepaling restrictief uit te leggen. Hij verbindt aan de weigering van de ouders

⁶ Voermans spreekt over de ‘plicht’ tot geschillenbeslechting, Voermans 2011, p. 67.

⁷ In 1982, het jaar waaruit de beschikking over de vervangende toestemming voor het huwelijk dateert, was het toetsingsartikel met een enigszins andere tekst, maar met dezelfde betekenis en bedoeling opgenomen in artikel 66 van de Grondwet (1956); zie ook par. 2.4.

⁸ Voor de tekst van de in deze studie vermelde grondwetsartikelen is Van Hasselt 1987 als bron gebruikt.

⁹ Bovend'Eert 2009, p. 147.

Artikel 94 Grondwet toegepast

de voorwaarde dat deze weigering op redelijke gronden moet berusten. In de uitspraak over de uitkering voor de weduwnaar beëindigt de rechter de onverenigbaarheid door de nationale bepaling extensief uit te leggen. Hij verklaart de bepaling die alleen voor vrouwen is geschreven, ook van toepassing op mannen.

In beide uitspraken laat de rechter de nationale bepaling dus niet buiten toepassing en beëindigt hij de onverenigbaarheid door het treffen van een meer algemene regeling.¹⁰ Volgens een van de voormalige presidenten van de Hoge Raad, Martens, is het onvermijdelijk dat de rechter een eigen regel maakt als het geschil waarover hij zich uitspreekt, valt onder de reikwijdte van artikel 94 van de Grondwet.¹¹

In de beide beschreven uitspraken lijken zich voor de rechter complicaties voor te doen bij het beëindigen van de onverenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht in relatie tot de tekst van artikel 94 van de Grondwet.¹² De tekst van de Grondwet lijkt aan de rechter een ontoereikende grondslag te bieden om de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht te beëindigen. Deze constatering vormt de aanleiding voor de centrale vragen van dit onderzoek:

Wat is de betekenis en de bedoeling van artikel 94 van de Grondwet, en in het bijzonder van de woorden ‘vinden geen toepassing’?

Hoe geeft de rechter invulling aan zijn bevoegdheid bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht?

Hoe geeft de rechter invulling aan zijn bevoegdheid bij het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht?

Ter beantwoording van de eerste centrale vraag zal de geschiedenis van de totstandkoming van het huidige artikel 94 van de Grondwet en zijn voor-

¹⁰ Van Dijk 1988, p. 191.

¹¹ Martens 2000, p. 750.

¹² WRR 2002, p. 63.

gangers worden onderzocht. Daarbij zal ook steeds worden bekeken hoe de grondwetgever zich door de jaren heen rekenschap heeft gegeven van de positie van de rechter ten opzichte van de positie van de wetgever.

Om antwoord te kunnen geven op de tweede en derde vraag moet het handelen van de rechter bij het beoordelen van de verenigbaarheid en het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht worden onderzocht.

De beide bevoegdheden van de rechter waarop dit onderzoek zich richt, het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht en het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht, zullen in het vervolg, vanuit het oogpunt van lezersvriendelijkheid, waar mogelijk samen worden aangeduid als de bevoegdheden van de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

De manieren waarop de rechter zijn bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht invult, kunnen uit de jurisprudentie worden gedestilleerd. Ook bij het onderzoeken van de invulling die de rechter aan deze bevoegdheden geeft, zal er steeds bijzondere aandacht zijn voor de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever. Dit perspectief is gekozen, omdat de rechter bepalingen van wetten in formele zin mag toetsen aan het internationale recht. Afhankelijk van het resultaat van deze toetsing heeft de rechter de bevoegdheid om formeelwettelijke bepalingen buiten toepassing te laten. Het buiten toepassing laten van bepalingen die afkomstig zijn van de formele wetgever, kan de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever wijzigen, waardoor ook het evenwicht van machten kan worden beïnvloed.

1.2 Afbakening van het onderzoek

De aanleiding voor het onderzoek ligt in de verwondering en de vragen die de rechtspraak die is gewezen onder de reikwijdte van artikel 94 van de Grondwet, oproept. Artikel 94 van de Grondwet en in het bijzonder de

Artikel 94 Grondwet toegepast

woorden ‘vinden geen toepassing’ van dit artikel vormen het uitgangspunt voor dit onderzoek. Artikel 94 van de Grondwet staat niet alleen aan de basis van het onderzoek, maar levert ook de kaders van het onderzoek.

Een eerste begrenzing die voortvloeit uit de keuze voor artikel 94 van de Grondwet als ankerpunt voor het onderzoek, is de beperking van het onderzoek tot de Nederlandse rechtsorde. Omdat er geen andere rechtsorde bestaat met een artikel dat aan de rechter vergelijkbare bevoegdheden toekent bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht, is geen rechtsvergelijkende component in het onderzoek opgenomen.¹³

Een tweede afbakening van het onderzoek wordt gegeven door de uitspraak van de Hoge Raad in het Rusttijdenarrest uit 2004.¹⁴ In deze uitspraak heeft de Hoge Raad het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen overgenomen dat de omvang van de doorwerking van het recht van de Europese Unie (EU-recht, voorheen het recht van de Europese (Economische) Gemeenschap(pen), EG- of EEG-recht) wordt bepaald door de regels van de autonome communautaire rechtsorde.¹⁵ Dit heeft tot gevolg dat de artikelen 93 en 94 van de Grondwet niet van belang zijn of althans overbodig zijn bij de doorwerking van het EU-recht.¹⁶ Daarom is de jurisprudentie over de doorwerking van het EU-recht in de nationale rechtsorde niet in het onderzoek betrokken. Dit wil echter niet zeggen dat de resultaten van dit onderzoek niet ook behulpzaam zouden kunnen zijn bij het beantwoorden van vragen over de betekenis van het buiten toepassing laten van nationale bepalingen bij de doorwerking van het EU-recht.

De derde begrenzing van het onderzoek is te vinden in de tekst van artikel 94 van de Grondwet. In het huidige artikel is de bevoegdheid van de rech-

¹³ De Lange 1999, p. 16-18.

¹⁴ HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80, m.nt. E.A. Alkema.

¹⁵ HvJEG 15 juli 1964, *AA* 1964/1965, 155 (*Costa/ENEL*).

¹⁶ Kortmann 2008, p. 126-127; Van der Pot 2006, p. 701. Over de opvatting dat het EU-recht niet doorwerkt via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet (1983) zijn de meningen in de literatuur verdeeld, Barkhuysen, Griffioen & Voermans 2004, p. 2289-2290; Belinfante & De Reede 2009, p. 376; Besselink 2002, p. 28-32; Van der Pot 2006, p. 720-722; Van der Vlies & Widdershoven 1998, p. 11-14.

ter om de toepassing van nationale bepalingen te toetsen aan verdragen beperkt tot ‘een ieder verbindende bepalingen van verdragen’. Het artikel dat een toetsingsbevoegdheid aan de rechter toekent, heeft sinds 1953 een plaats in de Grondwet. In 1953 stond in het artikel dat nationale bepalingen geen toepassing vinden, wanneer deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met verdragen. De toevoeging ‘een ieder verbindende bepalingen’ heeft eerst bij de wijziging van 1956 een plaats gekregen in de Grondwet. Deze specificatie van internationale bepalingen waaraan mag worden getoetst, heeft de bevoegdheid van de rechter bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht beperkt. De omvang en betekenis van deze beperking van de toetsingsbevoegdheid heeft Fleuren in zijn dissertatie *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* uit 2004 uitvoerig onderzocht en besproken. In het onderzoek naar de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 94 van de Grondwet zal deze beperking uiteraard worden besproken, echter zonder het begrip ‘een ieder verbindende bepalingen van verdragen’ aan een nadere analyse te onderwerpen.

Dit onderzoek omvat derhalve de rechterlijke invulling van de bevoegdheid om de toepassing van nationale bepalingen te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en de rechterlijke invulling van de bevoegdheid om nationale bepalingen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen, buiten toepassing te laten.

Het huidige artikel 94 van de Grondwet kent een aantal voorgangers, te weten artikel 65 van de Grondwet van 1953 en artikel 66 van de Grondwet van 1956.¹⁷ Het verwijzen naar verschillende artikelnummers om het artikel aan te duiden, waarin de bevoegdheid van de rechter is vastgelegd om de toepassing van nationale wettelijke voorschriften te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volken-

¹⁷ Strikt genomen moet niet worden gesproken over de Grondwet van 1953 en de Grondwet van 1956, maar over de grondwetsherziening van 1953 en de grondwetsherziening van 1956. Gemakshalve zal in deze studie worden gesproken over de Grondwet van 1953 en de Grondwet van 1956.

Artikel 94 Grondwet toegepast

rechtelijke organisaties, kan tot verwarring leiden. Om deze verwarring te voorkomen, zullen het huidige artikel 94 van de Grondwet en zijn voorgangers in het vervolg ook worden aangeduid als het *toetsingsartikel*.

De begrippen ‘verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties’ zoals die sinds 1983 in de Grondwet zijn opgenomen, of de begrippen ‘overeenkomsten met andere Mogendheden en met volkenrechtelijke organisaties’ in de Grondwet van 1953 en in de Grondwet van 1956 worden niet nader gedefinieerd, omdat een beknopte definitie eigenlijk niet kan worden gegeven.¹⁸ Er kan slechts worden gezegd dat al deze begrippen volkenrechtelijke overeenkomsten aanduiden. In het vervolg zal in beginsel het begrip verdragen worden gebruikt waarbij de andere begrippen en ook de bij de verdragen behorende protocollen, dan worden geacht te zijn ingesloten.

1.3 Methode van onderzoek en plan van behandeling

Dit onderzoek met een staatsrechtelijke invalshoek heeft tot doel de thans geldende betekenis en bedoeling van het toetsingsartikel vast te stellen. Daarnaast zal worden onderzocht op welke wijze de rechter het toetsingsartikel en in het bijzonder de woorden ‘vinden geen toepassing’ toepast. Naast de Grondwet en de rechtspraak vormen andere wet- en regelgeving en de literatuur de belangrijkste bronnen voor dit onderzoek.

De geschiedenis van de totstandkoming van het toetsingsartikel in de Grondwet is het object van onderzoek in hoofdstuk 2. Dit gedeelte van het onderzoek heeft tot doel een antwoord te vinden op de vraag naar de betekenis en de bedoeling van het toetsingsartikel in de Grondwet. Voor dit gedeelte van het onderzoek zijn de literatuur en kamerstukken als bronnen geraadpleegd. Daarnaast is op bescheiden schaal onderzoek verricht in het Nationaal Archief in 's-Gravenhage.¹⁹ Bij het archiefonderzoek

¹⁸ Klabbers 1996, p. 8.

¹⁹ De dissertatie *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* van J.W.A. Fleuren uit 2004 heeft mij attent gemaakt op het feit dat in het Nationaal Archief in 's-Gravenhage

is de correspondentie van het Ministerie van Binnenlandse Zaken ten tijde van de behandeling van het toetsingsartikel in het parlement in 1952 bestudeerd.

In de hoofdstukken 3, 4 en 5 vormt de rechtspraak waarin de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht centraal staat, het onderwerp van onderzoek. Via een analyse van de rechtspraak worden antwoorden gezocht op de vraag hoe de rechter invulling geeft aan zijn bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

De eerste stap die in dit gedeelte van het onderzoek moest worden gezet, was het selecteren van relevante jurisprudentie. De zoektocht naar relevante uitspraken is gestart vanuit de literatuur over het waarborgen van de verenigbaarheid van nationaal met internationaal recht. Aansluitend is vanuit de in de literatuur gevonden uitspraken gezocht naar andere relevante jurisprudentie. Dit pendelen tussen de literatuur en de jurisprudentie heeft een groot aantal uitspraken opgeleverd waarin de rechter op een of andere wijze gebruikmaakt van zijn bevoegdheden om de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht te waarborgen. Het is onmogelijk, maar ook onnodig om alle geanalyseerde jurisprudentie in deze studie op te nemen. Onmogelijk omdat het aantal uitspraken te omvangrijk is, onnodig omdat dit vele doublures zou opleveren. Na de analyse van de relevante uitspraken zijn de uitspraken geselecteerd die een plaats zouden moeten krijgen in deze studie. Het criterium voor de selectie is geweest dat een voldoende compleet beeld kan worden geschetst van de wijzen waarop de rechter zijn bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht invult.

Voor de analyse van de rechtspraak zijn vier *analysevragen* geformuleerd. Via de eerste twee analysevragen – Is de ingeroepen verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend? – en – Valt het geschil onder de reikwijdte van de ingeroepen een ieder verbindende verdragsbepaling? – wordt

waarschijnlijk relevante (achtergrond)informatie over de grondwetsgeschiedenis van het toetsingsartikel aanwezig zou zijn.

Artikel 94 Grondwet toegepast

vastgesteld of de rechter toekomt aan het toepassen van het toetsingsartikel. Dit is het geval als de rechter deze beide vragen positief beantwoordt. De derde analysevraag vraagt naar het resultaat van de toetsing van het nationale aan het internationale recht: Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? Als de rechter ook deze vraag positief beantwoordt, wordt de vierde analysevraag aan de orde gesteld: Beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? Zo ja, op welke wijze? Deze vier analysevragen zullen in de hoofdstukken 3 en 4 nader worden toegelicht. Het uitvoeren van de analyse aan de hand van steeds dezelfde vragen waarborgt een consequente uitvoering van de analyse van de jurisprudentie. Dit resulteert in uitkomsten die bijdragen aan de antwoorden op de vraag naar de rechterlijke invulling van de bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht.

In hoofdstuk 3 is de chronologische volgorde het ordeningscriterium voor de bespreking van de jurisprudentie uit de periode 1814 – 1979. Voor deze periode geeft een beschrijving van de rechtspraak in chronologische volgorde een overzichtelijk beeld van de ontwikkeling van de manieren waarop de rechter zijn bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van nationaal met internationaal recht invult.

De hoofdstukken 4 en 5 behandelen de rechtspraak vanaf 1980. Vooral in deze periode is de hoeveelheid jurisprudentie over de verenigbaarheid van nationaal met internationaal recht zeer omvangrijk. Een voortzetting van de chronologische beschrijving van de jurisprudentie zou slechts resulteren in een onoverzichtelijke opsomming van uitspraken. Dit is een reden om de invulling van de bevoegdheden door de rechter te beschrijven aan de hand van de jurisprudentie over een aantal leerstukken in diverse rechtsgebieden. Deze keuze maakt het mogelijk de ontwikkeling van de manieren waarop de rechter zijn bevoegdheden invult per afzonderlijk leerstuk te schetsen. Daarnaast geeft deze benaderingswijze de mogelijkheid om de

invulling van de bevoegdheden in de verschillende leerstukken en rechtsgebieden te vergelijken. Dit voegt een dimensie toe aan de antwoorden op de vraag naar de manieren waarop de rechter zijn bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van nationaal met internationaal recht invult.

In het verslag van het jurisprudentieonderzoek worden zowel bekende als minder bekende uitspraken aan de orde gesteld. Bij de bespreking en analyse van de rechtspraak wordt geen onderscheid gemaakt tussen bekende en veelbesproken, en minder bekende rechterlijke uitspraken. Waar nodig worden de feiten van de casus geschetst om elke lezer de kans te bieden de tekst te volgen zonder de behandelde jurisprudentie eerst te raadplegen. In de voetnoten is de vindplaats van de besproken uitspraken en van de aangehaalde citaten zo nauwkeurig mogelijk opgenomen. De vindplaatsen van de besproken rechtspraak tot 1980 zijn vermeld aan de hand van de in druk verschenen jurisprudentietijdschriften. Vanaf 1980 zijn de vindplaatsen van de rechtspraak in de elektronische jurisprudentiebronnen vermeld.

In het afsluitende hoofdstuk, hoofdstuk 6, zullen de resultaten van het onderzoek naar de geschiedenis van de totstandkoming van het toetsingsartikel in de Grondwet en de resultaten van de analyse van de jurisprudentie met elkaar worden verbonden. Zo wordt inzicht verkregen in de rechterlijke invulling van de bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht in relatie tot de betekenis en bedoeling van het toetsingsartikel.

1.4 Belang van het onderzoek

De invloed van het internationale recht in de nationale rechtsorde groeit nog steeds. Daardoor wint de vraag naar de verhouding van het nationale recht ten opzichte van het internationale recht in de rechtspraktijk en in de juridische wetenschap nog steeds aan gewicht. Dit onderzoek hoopt een

Artikel 94 Grondwet toegepast

bijdrage te leveren aan het discours over de relatie tussen het nationale en het internationale recht.

In dit onderzoek wordt de positie van de rechter bestudeerd in het perspectief van het evenwicht van machten. Het evenwicht tussen de wetgever en de rechter is niet statisch maar dynamisch. De wetgever en de rechter spelen bij de uitoefening van hun rol beiden vanuit hun eigen positie en in hun eigen tempo in op maatschappelijke ontwikkelingen. In dit onderzoek wordt ingezoomd op de invulling die de rechter heeft gegeven aan zijn rol ten opzichte van de wetgever. Daarmee beoogt dit onderzoek bij te dragen aan het actuele debat over de verhouding tussen de wetgever en de rechter.

Daarnaast zal worden onderzocht in hoeverre de rechter bij de invulling van zijn bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht raakt aan de grenzen van het legaliteitsbeginsel.

Ten slotte, de bevoegdheden van de rechter bij de toetsing van nationaal recht aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen zullen worden bestudeerd. In een ieder verbindende bepalingen van verdragen is vaak de bescherming van grondrechten geregeld. Het eminente belang van de bescherming van grondrechten in de democratische rechtsstaat behoeft geen nadere toelichting.

2 De totstandkoming van het toetsingsartikel

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de grondwetsgeschiedenis van het toetsingsartikel, het huidige artikel 94 van de Grondwet, beschreven en geanalyseerd. De volgende vragen staan daarbij centraal:

Welke betekenis heeft de tekst van het toetsingsartikel en in het bijzonder welke betekenis hebben de woorden ‘vinden geen toepassing’?

Wat is de bedoeling van de grondwetgever met het in de Grondwet opnemen van het toetsingsartikel?

Bij de grondwetswijziging van 1953 is in de Grondwet een bepaling opgenomen waarin aan de rechter expliciete bevoegdheden worden toebedeeld bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. Er zijn desalniettemin twee redenen om de grondwetsgeschiedenis vanaf 1814 te bespreken. Ten eerste om te achterhalen of de grondwetgever al vóór de grondwetswijziging van 1953 heeft overwogen om in de Grondwet bepalingen op te nemen, waarin aan de rechter een rol werd toegekend bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. Daarnaast kan de bespreking van de grondwetsgeschiedenis vanaf 1814 een bijdrage leveren aan het antwoord op de vraag of aan de rechter vóór 1953 bevoegdheden toekwamen bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

De beschrijving van de grondwetsgeschiedenis tot 1953 is beperkt tot de artikelen die regelingen over verdragen vastleggen. De bepalingen die andere aspecten van de buitenlandse betrekkingen regelen, bijvoorbeeld het verklaren van oorlog en het sluiten van vrede, zullen bij de beschrijving buiten beschouwing worden gelaten.

Vanaf de grondwetswijziging van 1953 zal de totstandkoming van het toetsingsartikel worden beschreven. De bespreking van de overige verdragsartikelen blijft achterwege, omdat deze artikelen geen expliciete bijdrage leveren aan het antwoord op de vragen die in dit hoofdstuk centraal staan.

In de volgende paragraaf zal een beknopte schets worden gegeven van de grondwetsgeschiedenis van de bepalingen die regelingen over verdragen vastleggen tot 1953. Daarna wordt in afzonderlijke paragrafen de grondwetsgeschiedenis van het toetsingsartikel ten tijde van de grondwetswijzigingen van 1953, 1956 en 1983 beschreven.¹ Ten slotte is nog een paragraaf gewijd aan de voorstellen van de Staatscommissie Grondwet 2010 over het toetsingsartikel.

2.2 De grondwetswijzigingen tot 1953

In de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden (1588 – 1795) had een afgekondigd verdrag voor de onderdanen kracht van wet. De onderdanen waren gebonden aan de rechten en plichten die in een verdrag waren vastgelegd, zoals zij ook waren gebonden aan de rechten en plichten die in wetten waren vastgelegd.² Het is om deze reden heel begrijpelijk dat in de staatsregelingen van de Bataafse Republiek (1795 – 1806) aan het orgaan dat bevoegd was om wetten vast te stellen, ook de bevoegdheid was toebedeeld om verdragen te bekrachtigen.³ In het Koninkrijk Holland (1806 – 1810), de opvolger van de Bataafse Republiek, waren de bevoegdheden van het wetgevend lichaam sterk beperkt. In de Constitutie van het Koninkrijk Holland was de bevoegdheid om verdragen te sluiten en te bekrachtigen exclusief toegekend aan de koning. Het prerogatief van de koning of keizer om verdragen te ratificeren en te bekrachtigen bleef na de inlijving van ons land bij het Franse keizerrijk (1810 – 1813) ongewijzigd.⁴

Ook in de Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden (1814) was de bevoegdheid om verdragen met vreemde mogendheden te sluiten aan de

¹ De tekst van het toetsingsartikel en enkele andere voor het onderwerp van deze studie relevante artikelen in de Grondwet van 1953, van 1956 en van 1983 is opgenomen in de Bijlage.

² Fleuren 2001, p. 46-48.

³ Ondanks haar kortstondige bestaan kende de Bataafse Republiek drie staatsregelingen (1798, 1801 en 1805).

⁴ Fleuren 2004, p. 72-74.

koning, de Soevereine Vorst, toebedeeld. De praktijk van het Koninkrijk Holland en het Franse keizerrijk werd hiermee gecontinueerd. De Staten-Generaal hadden bij de verdragsluiting geen bevoegdheden. Zij dienden slechts in kennis te worden gesteld:

Aan Hem (de Soevereine Vorst – JdW) alleen is, behoudens kennisgeving daarvan aan de Staten Generaal, opgedragen het recht, om alle verbonden en verdragen te doen sluiten en te bekrachtigen [...].⁵

Van Hogendorp had in zijn ‘Schets van eene Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden’ aansluiting gezocht bij de praktijk van de staatsregelingen van de Bataafse Republiek door aan de Staten-Generaal een goedkeuringsrecht voor verdragen te verlenen.⁶ Het voorstel van Van Hogendorp werd door koning Willem I echter niet geaccepteerd, waardoor het prerogatief van de koning om verdragen te sluiten en te bekrachtigen, zoals dat sinds 1806 op Nederlands grondgebied bestond, bleef voortbestaan.

De samenvoeging van Nederland en België maakte in 1815, nog geen jaar na de inwerkingtreding van de Grondwet van 1814, een nieuwe Grondwet noodzakelijk, de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden.⁷ De Belgische leden van de grondwetscommissie, waarvan Van Hogendorp de voorzitter was,⁸ wensten de absolute macht van de koning bij de verdragsluiting in te perken. De bevoegdheid van de koning om zonder voorafgaande goedkeuring van de Staten-Generaal afstand te doen van gebieden of gebieden te ruilen was voor de zuidelijke Nederlanden onoverkomelijk vanwege hun ligging tussen Frankrijk en Pruisen. De eis van de Belgen werd slechts gedeeltelijk ingewilligd door aan het bestaande artikel over de verdragsluitende bevoegdheid van de koning een lid toe te voegen. Het nieuwe lid regelde dat de koning alleen de cessietractaten die hij in tijd van

⁵ Artikel 38 van de Grondwet (1814).

⁶ Colenbrander 1908-1909, deel I, p. 2.

⁷ In de Grondwet van 1922 is de spelling van Koninkrijk veranderd in Koninkrijk.

⁸ Colenbrander 1908-1909, deel II, p. 69-70.

Artikel 94 Grondwet toegepast

vrede sloot, pas mocht bekrachtigen na goedkeuring door de Staten-Generaal.⁹

De regel dat bepalingen van verdragen in de nationale rechtsorde kracht van wet hebben, is tijdens de vergaderingen van de grondwetscommissies van 1814 en 1815, voor zover bekend uit de bewaard gebleven verslagen, nooit expliciet aan de orde geweest. De geldigheid van deze al enkele eeuwen bestaande regel¹⁰ was kennelijk zo evident dat het bespreken ervan niet noodzakelijk was.¹¹ Van Hogendorp had niet zonder reden in zijn schets de bepaling opgenomen dat verdragen pas mochten worden bekrachtigd nadat zij door de Staten-Generaal waren goedgekeurd.¹² Als verdragen burgers kunnen binden, omdat zij kracht van wet hebben, dan behoren de Staten-Generaal bij het sluiten van verdragen betrokken te zijn. Beide grondwetscommissies hebben toch ingestemd met het groten-deels exclusieve recht van de koning om verdragen te sluiten, omdat zij meenden dat het goedkeuringsrecht van de Staten-Generaal de koning te zeer zou kunnen beperken in het bestuur van de buitenlandse betrekkingen.¹³

Bij de grondwetwijzigingen in de negentiende eeuw waarbij de artikelen worden besproken die de buitenlandse betrekkingen regelen,¹⁴ is het belangrijkste discussiepunt steeds de verdeling van de macht tussen de koning en de Staten-Generaal bij het sluiten en bekrachtigen van verdragen. De Staten-Generaal wensden hun bevoegdheden op dit punt uit te breiden, omdat verdragen in de nationale rechtsorde kracht van wet hebben. De Staten-Generaal streven onafgebroken naar een betere verdeling van de verdragscheppende bevoegdheid tussen de koning en de Staten-Generaal. Bij de grondwetwijziging van 1848 wordt het aantal verdragen

⁹ Artikel 58 van de Grondwet (1815); Brouwer 1992, p. 21-22.

¹⁰ Fleuren 2004, p. 72.

¹¹ Anders Erades 1949, p. 10-11. Fleuren toont mijns inziens overtuigend aan dat de verklaring van Erades geen stand kan houden, Fleuren 2004, p. 76.

¹² Colenbrander 1908-1909, deel I, p. 1-2.

¹³ Fleuren 2004, p. 77.

¹⁴ De grondwetwijzigingen van 1840, 1848 en 1887.

dat de koning niet zonder goedkeuring van de Staten-Generaal kan bekrachtigen, sterk uitgebreid.¹⁵ Echter, ook na 1848 kunnen aan burgers door een verdrag nog steeds rechten worden verleend en plichten worden opgelegd zonder dat de volksvertegenwoordiging invloed heeft kunnen uitoefenen op het sluiten van een dergelijk verdrag.¹⁶

Ook bij de grondwetswijzigingen in het eerste kwart van de twintigste eeuw is het streven van de Staten-Generaal erop gericht de verdragsluitende bevoegdheid verder te democratiseren.¹⁷ In 1913 ontwerpt de regering een wetsvoorstel waarin een wijziging van het artikel dat de verdragschepende bevoegdheid regelt, is opgenomen. De regering stelt voor, in afwijking van de ideeën van twee staatscommissies,¹⁸ de tekst van de Grondwet van 1887 over de verdeling van de macht tussen de regering en de Staten-Generaal bij het sluiten van verdragen te handhaven.¹⁹ De staatscommissies hadden voorgesteld de goedkeuring van de Staten-Generaal te verlangen voorafgaand aan de bekrachtiging van alle verdragen.²⁰ Het laatste lid van de door de regering voorgestelde bepaling regelt dat verdragen kracht van wet hebben en in het Nederlands worden afgekondigd, nadat zij zijn bekrachtigd. De regering wil met het toevoegen van het laatste lid aan het verdragsartikel de twijfel wegnemen over de vraag of verdragen direct kracht van wet hebben of eerst bij de wet moeten worden vastgesteld:

Ten aanzien van de algemeene verbindbaarheid van verdragsbepalingen, die strekken om wijzigingen te brengen in het geldende recht, heerscht onzekerheid. Enerzijds wordt zij aangenomen ook zonder dat eene nadere

¹⁵ Artikel 57, derde lid, van de Grondwet (1848): Verdragen, welke, hetzij afstand of ruiling van eenig grondgebied des Rijks in Europa of in andere werelddelen, hetzij eenig andere bepaling of verandering, wettelijke regten betreffende, inhouden, worden door den Koning niet bekrachtigd, dan nadat de Staten-Generaal die bepaling of verandering hebben goedgekeurd.

¹⁶ Brouwer 1992, p. 55-58; Erades 1949 p. 62-76; Fleuren 2004, p. 93-94.

¹⁷ De grondwetswijzigingen van 1917 en 1922.

¹⁸ De staatscommissie-De Beaufort van 1905 en de staatscommissie-Van Heemskerk van 1910.

¹⁹ Kan 1916, p. 155 en p. 193-194.

²⁰ De Beaufort & Romeijn 1907, p. 7-8 en 29-30; Kan 1916, p. 26 en 56.

Artikel 94 Grondwet toegepast

wet de bepalingen van het verdrag opnieuw vaststelt; anderzijds eischt men nadere vaststelling bij de wet, zullen de bepalingen wetskracht hebben voor de ingezetenen. De jurisprudentie beweegt zich in eerstbedoelde richting. In afwijking van het gevoelen der Staatscommissie, acht de Regeering deze richting de juiste.²¹ [...] De juistheid van deze interpretatie ware in de Grondwet duidelijk uit te spreken, waarbij dan tevens de noodige waarborgen zijn te schenken, dat de inhoud van het tractaat in denzelfden vorm als de wet, ter algemeene kennis worde gebracht.²²

Uiteindelijk haalt dit gedeelte van het wetsontwerp de eindstreep niet. Het verdragsartikel blijft mede daardoor bij de grondwetsherziening van 1917 ongewijzigd.

Eind 1918 wordt opnieuw een staatscommissie tot herziening van de Grondwet ingesteld. Volgens deze staatscommissie, onder voorzitterschap van Ruys de Beerenbrouck, strookt het niet met “gezonde democratische begrippen” dat de regering de bevoegdheid heeft behoudens een aantal uitzonderingen vrijelijk verdragen te sluiten en te bekrachtigen.²³ De regering schaaft zich achter de ideeën van de staatscommissie-Ruys de Beerenbrouck en stelt een artikel voor waarin verdragen en andere overeenkomsten met vreemde mogendheden pas verbindend worden in de nationale rechtsorde, als zij krachtens de wet zijn gesloten of bekrachtigd of door de wet zijn goedgekeurd.²⁴ Er dient dus altijd betrokkenheid van de wetgevende macht te zijn vóór verdragen of andere overeenkomsten met vreemde mogendheden in de nationale rechtsorde bindende kracht krijgen.²⁵ Tijdens de parlementaire behandeling wordt met betrekking tot het verdragsartikel een amendement ingediend. Het amendement stelt voor dat alleen overeenkomsten die de plechtige tractaats- of verdrags-

²¹ Kan 1916, p. 26.

²² Kan 1916, p. 194.

²³ Ruys de Beerenbrouck & Kan 1920, p. 2.

²⁴ Ruys de Beerenbrouck & Kan 1920, p. 8; *Kamerstukken II* 1920/21, 451, nr. 3.

²⁵ De tekst van het tweede lid van het voorgestelde artikel luidt: Verdragen en andere overeenkomsten met vreemde Mogendheden zijn, zoo zij niet krachtens de wet door den Koning zijn gesloten, niet bindend dan na bekrachtiging door den Koning krachtens de wet of goedkeuring door de wet. Opzegging geschiedt alleen krachtens de wet.

vorm hebben, door de Staten-Generaal dienen te worden goedgekeurd. De onderliggende veronderstelling bij dit amendement is dat overeenkomsten die belangrijke zaken regelen, altijd de plechtige verdragsvorm zullen hebben. De vereiste goedkeuring van de Staten-Generaal wordt afhankelijk gesteld van een formeel criterium en niet meer, zoals tot nu toe het geval was, van een materiële eis. Het amendement wordt zonder principiële wijzigingen aangenomen. In de praktijk blijkt echter dat overeenkomsten die belangrijke onderwerpen regelen, lang niet altijd in de vorm van een verdrag worden gesloten.²⁶ Het gevolg van deze grondwetswijziging is daardoor dat, in tegenstelling tot de strekking van het voorstel van de staatscommissie en de regering, de invloed van de Staten-Generaal bij de goedkeuring van verdragen is afgenomen:

In 1922 heeft men toen gemeend een belangrijken stap verder in de richting van democratisering van het buitenlandsch bestuur te doen, doch door het vierde lid, van wat nu art. 60 is,²⁷ is deze bedoeling goeddeels te niet gedaan en mag men zelfs de vraag stellen, of men er in die richting niet juist op achteruitgegaan is.²⁸

Bij de grondwetswijzigingen die tussen 1922 en 1948 plaatsvinden, worden geen voorstellen gedaan om veranderingen aan te brengen in de bepalingen die de buitenlandse betrekkingen regelen. De eerste keer dat dit wel weer gebeurt, is bij de grondwetswijziging van 1953.

Afronding

Uit deze beknopte schets van de grondwetsgeschiedenis van 1814 tot 1953 komt naar voren dat de discussie over de artikelen die de buitenlandse betrekkingen regelen, zich hoofdzakelijk toespitste op één thema, namelijk de verdeling van de bevoegdheid tussen de Staten-Generaal en de koning bij het sluiten van verdragen. De Staten-Generaal wensden zeggenschap bij het sluiten van verdragen, omdat verdragen in de nationale rechtsorde

²⁶ Fleuren 2004, p. 95-97.

²⁷ Grondwet (1938). Dit artikel is gelijk aan artikel 58 van de Grondwet (1922).

²⁸ Van der Pot 1940, p. 144-145; zie ook Huart 1925, p. 65.

Artikel 94 Grondwet toegepast

kracht van wet hebben, waardoor verdragen de rechtspositie van burgers rechtstreeks kunnen beïnvloeden.

De grondwetgever gaat er, in elk geval in 1848, van uit dat verdragen als wet gelding hebben in de nationale rechtsorde, waarbij de jongere wet voorgaat op het oudere verdrag en het jongere verdrag voorgaat op de oudere wet.²⁹ In het eerste kwart van de twintigste eeuw is er bij de grondwetswijzigingen aandacht voor de vraag of een verdrag bindende kracht heeft in de nationale rechtsorde. Het bevestigende antwoord op deze vraag wordt echter niet in de Grondwet vastgelegd.

Ook wordt tot 1953 geen rechterlijke bevoegdheid om nationale bepalingen te toetsen aan verdragsbepalingen in de Grondwet gecodificeerd. Er heerst consensus over het feit dat de rechter bevoegd is om de oudere wet te toetsen aan het jongere verdrag. Omdat dit zo evident is, ziet de grondwetgever waarschijnlijk geen noodzaak deze bevoegdheid in de Grondwet te verankeren. Het antwoord op de vraag of de rechter ook bevoegd is om een jongere wet te toetsen aan een ouder verdrag, is niet onomstreden.³⁰ Wellicht is de afwezigheid van consensus over het antwoord op deze vraag de reden geweest om de rechterlijke toetsingsbevoegdheid bij de grondwetswijzigingen tussen 1814 en 1953 niet te bespreken en nog geen plaats te geven in de Grondwet.

2.3 De grondwetswijziging van 1953

Direct na de Tweede Wereldoorlog bestaat bij de regering en het parlement de wens een algehele grondwetsherziening door te voeren. De instelling van een staatscommissie ter voorbereiding van de herziening van de Grondwet laat nog een aantal jaren op zich wachten, omdat andere onderwerpen, in het bijzonder de gebeurtenissen in Indonesië, in de roerige naoorlogse jaren de aandacht opeisen.³¹ In het voorjaar van 1950 wordt de staatscommissie-Van Schaik ingesteld. In de taakomschrijving van deze

²⁹ Fleuren 2004, p. 22 en p. 124.

³⁰ Fleuren 2004, p. 23 en p. 124-126.

³¹ *Handelingen I* 1951/52, p. 813.

De totstandkoming van het toetsingsartikel

commissie is onder meer opgenomen dat nieuwe bepalingen die de buitenlandse betrekkingen en het buitenlands beleid regelen, moeten worden ontworpen. In dezelfde periode benoemt de regering ook de commissie-Van Eysinga. De opdracht aan deze commissie is de samenwerking tussen de regering en de Staten-Generaal bij het buitenlands beleid te onderzoeken. Beide commissies kunnen afhankelijk van hun bevindingen voorstellen doen om de grondwetsartikelen die de buitenlandse betrekkingen regelen, te wijzigen. De regering acht het grondig aanpassen van de artikelen die de buitenlandse betrekkingen regelen, dringend noodzakelijk na de gebeurtenissen tijdens de Tweede Wereldoorlog en vanwege de versterkte internationale samenwerking na de Tweede Wereldoorlog.

Tijdens de voorbereiding van de grondwetsherziening van 1953 is de strijd over de verdeling van de macht tussen de regering en de volksvertegenwoordiging bij het sluiten en bekrachtigen van verdragen helemaal uit de discussie verdwenen. Het voorstel van de regering dat alle overeenkomsten in beginsel moeten worden goedgekeurd door de Staten-Generaal alvorens zij kunnen worden bekrachtigd en in werking kunnen treden, wordt ongewijzigd in de Grondwet opgenomen. Aan de onbevredigende situatie die in 1922 onbedoeld is ontstaan, komt een einde. De democratisering van de verdragsluitende bevoegdheid wordt in 1953 daadwerkelijk gerealiseerd.

De vraag of de bevoegdheid van de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht moet worden opgenomen in de Grondwet, leidt wel tot heftige debatten. De discussie spitst zich toe op de vraag of ook aan de rechter, naast de wetgever, de bevoegdheid moet worden toegekend om de jongere wet te toetsen aan het oudere verdrag.

In het wetsvoorstel dat de regering in december 1951 aan de Tweede Kamer stuurt, is geen artikel opgenomen dat zich uitspreekt over de bevoegdheid van de rechter bij het waarborgen van het primaat van het internationale recht in de nationale rechtsorde. Zowel de staatscommissie-Van Schaik als de commissie-Van Eysinga had de regering afzonderlijk

Artikel 94 Grondwet toegepast

geadviseerd een dergelijk artikel wel op te nemen.³² Een minderheidsnota die aan het advies van de staatscommissie-Van Schaik is toegevoegd, maakt duidelijk dat in deze commissie verdeeldheid heerst over dit punt.³³ Vier commissieleden³⁴ zetten in de minderheidsnota uiteen waarom zij vinden dat de rechter niet de bevoegdheid moet krijgen een jongere wet te toetsen aan een ouder verdrag. Naar de mening van deze vier commissieleden zal de wetgever geen wet tot stand brengen die hij in strijd acht met een verdrag. Dit oordeel van de wetgever dient, aldus de vier leden, evenals de grondwettigheid van wetten in formele zin, niet aan een rechterlijke toets te kunnen worden onderworpen.³⁵ Hoewel Donner, een van de vier commissieleden, het niet oneens is met de redenering van de andere drie commissieleden, is voor hem doorslaggevend:

... dat het onderhavige vraagstuk nog niet rijp is voor een grondwettelijke uitspraak, zodat de oplossing ervan voorshands beter aan de rechtsontwikkeling hier te lande en in de ons omringende Staten wordt overgelaten [...].³⁶

Uit de notulen van de ministerraad kan worden opgemaakt dat ook in de ministerraad geen consensus heerste over het in de Grondwet opnemen van een toetsingsbevoegdheid voor de rechter. Het grootste deel van de ministerraad steunt het minderheidsstandpunt van de staatscommissie om de rechterlijke toetsingsbevoegdheid nog niet vast te leggen in de Grondwet. Alleen de Minister van Buitenlandse Zaken, Stikker, ondersteunt het minderheidsstandpunt van de staatscommissie niet.³⁷

Ook de Commissie van Voorbereiding is tijdens de parlementaire behandeling verdeeld over het opnemen van een artikel dat een rechterlijke toetsingsbevoegdheid codificeert.³⁸ Dit sterkt de regering in haar keuze om

³² Erades 1952, p. 219; Fleuren 2004, p. 182.

³³ Erades 1952, p. 171.

³⁴ Dit zijn de heren Beel, Van den Bergh, Donner en Oud. De voltallige staatscommissie bestaat uit vierentwintig leden, Van der Zanden 1952, p. 73.

³⁵ Erades 1952, p. 221-222.

³⁶ Erades 1952, p. 222.

³⁷ Fleuren 2004, p. 184; zie ook Van der Pot 1952, p. 29.

³⁸ *Kamerstukken II* 1951/52, 2374, nr. 9, p. 17-19.

geen toetsingsartikel in het wetsontwerp op te nemen. De regering schrijft in de memorie van antwoord:

Kennisneming van deze uiteenzettingen heeft de Regering versterkt in haar opvatting, dat het onderhavige vraagstuk nog niet rijp is voor een uitspraak van de Grondwetgever, en dat derhalve de verdere ontwikkeling van de rechtsopvattingen dient te worden afgewacht, alvorens dit punt uitdrukkelijk in de ene of de andere zin in de Grondwet wordt geregeld. [...] De weinige neiging, die de Hoge Raad toont zich te dezer zake duidelijk uit te spreken, wijst er eveneens op, dat ook in dit hoge college het standpunt van de minderheidsnota zeker niet voetstoots wordt verworpen.³⁹ Onder deze omstandigheden geeft de Regering er de voorkeur aan dit punt buiten deze Grondwetsherziening te laten, zonder dat hieruit een stellingneming, hetzij van de Regering, hetzij van de Staten-Generaal ten opzichte van dit strijdpunt mag worden afgeleid.⁴⁰

Bij aanvang van de mondelinge beraadslagingen in de Tweede Kamer wordt een amendement ingediend dat beoogt het rechterlijke toetsingsrecht te codificeren. De voorgestelde tekst luidt:

In geval van strijd met binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften hebben de bepalingen van overeenkomsten de voorrang.⁴¹

De indieners van het amendement geven aan dat zij met dit artikel een tweeledig doel nastreven. Zij willen het beginsel van het primaat van al het internationale recht vastleggen én codificeren dat niet alleen de wetgever, maar ook de rechter bevoegd is om dit primaat te effectueren.⁴² De discussie in de Tweede Kamer spitst zich volledig toe op het laatste punt:

³⁹ De regering verwijst impliciet waarschijnlijk naar de uitspraak van de Hoge Raad van 25 januari 1952, *NJ* 1952, 125, zie par. 3.3.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 1951/52, 2374, nr. 10, p. 28.

⁴¹ *Kamerstukken II* 1951/52, 2374, nr. 17.

⁴² *Handelingen II* 1951/52, p. 1890-1891.

Artikel 94 Grondwet toegepast

De behandeling van dit wetsontwerp tot herziening van de Grondwet heeft eigenlijk slechts op één punt tot een controverse van betekenis aanleiding gegeven, nl. t.a.v. de vraag van het toetsingsrecht.⁴³

Waarschijnlijk mede daarom vindt er tijdens de algemene beraadslagingen in de Tweede Kamer overleg plaats tussen de ambtenaren van de Minister van Binnenlandse Zaken en de indieners van het amendement. Het overleg tussen beide partijen resulteert in een nieuwe redactie van het amendement:

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met overeenkomsten, die hetzij vóór, hetzij na de totstandkoming der voorschriften zijn bekend gemaakt overeenkomstig artikel [66].⁴⁴

Het nieuw geredigeerde amendement wordt vrijwel direct na indiening, hoewel de regering het amendement “met te meer aandrang ontraadt”,⁴⁵ met een nipte meerderheid door de Tweede Kamer aangenomen.⁴⁶ Het gehele wetsontwerp wordt, zowel in de Tweede Kamer⁴⁷ als in de Eerste Kamer⁴⁸ met een ruime meerderheid aangenomen. Ook de tweede lezing in beide Kamers verloopt zonder noemenswaardige obstakels. Met het opnemen van dit artikel in de Grondwet is voor het eerst een bevoegdheid voor de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht gecodificeerd.

Om de exacte omvang van de in de Grondwet opgenomen rechterlijke bevoegdheid bij het waarborgen van de verenigbaarheid van nationaal met

⁴³ Dit zijn de woorden van Tweede Kamerlid Bruins Slot van de Anti-Revolutionaire Partij (ARP), *Handelingen II* 1951/52, p. 1922.

⁴⁴ Zie Bijlage I.

⁴⁵ *Handelingen II* 1951/52, p. 1959.

⁴⁶ De stemverhouding is 46 stemmen voor en 40 stemmen tegen, *Handelingen II* 1951/52, p. 1959.

⁴⁷ De stemverhouding in de Tweede Kamer is 72 stemmen voor en 10 stemmen tegen, *Handelingen II* 1951/52, p. 1962.

⁴⁸ De stemverhouding in de Eerste Kamer is 44 stemmen voor en 5 stemmen tegen, *Handelingen I* 1951/52, p. 859.

internationaal recht te kunnen vaststellen, zullen nu de herkomst, de betekenis en de bedoeling van het toetsingsartikel nader worden onderzocht. In het aangenomen toetsingsartikel is het eerste deel ‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften’ afkomstig uit het oorspronkelijke amendement. Het laatste gedeelte: ‘overeenkomsten, die hetzij vóór, hetzij na de totstandkoming der voorschriften zijn bekend gemaakt overeenkomstig artikel [66]’ is afkomstig uit het nieuw geredigeerde amendement. Het middelste deel van het amendement ‘vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met’ is afkomstig van het Ministerie van Binnenlandse Zaken.⁴⁹ Dit blijkt niet uit de kamerstukken maar uit een brief van het ministerie aan de indieners van het amendement.⁵⁰ Deze brief vermeldt ook dat Riphagen, het hoofd van de afdeling wetgeving en juridische zaken van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, het door het ministerie aan de indieners voorgestelde amendement heeft ontworpen. Deze zelfde Riphagen publiceert in het tijdschrift *De Nederlandse Gemeente* een artikel over de nieuwe grondwettelijke toetsingsbepaling.⁵¹ Riphagen geeft in zijn artikel aan dat de laatste volzin van artikel 4, eerste lid, van de Woonruimtetwet 1947 model heeft gestaan voor de nieuwe redactie van het amendement.⁵² De Woonruimtetwet had tot doel chaotische toestanden op het gebied van de volkshuisvesting door de heersende woningnood als gevolg van de Tweede Wereldoorlog te voorkomen.⁵³ In de laatste volzin van artikel 4, eerste lid, van de Woonruimtetwet is de formulering ‘vinden geen toepassing’ letterlijk terug te vinden:

⁴⁹ De volledige tekst van het door het Ministerie van Binnenlandse Zaken voorgestelde artikel luidt: Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met bekend gemaakte overeenkomsten.

Uit deze tekst blijkt ook dat het laatste gedeelte van het amendement afkomstig moet zijn van de indieners.

⁵⁰ Nationaal Archief, Afdeling Wetgeving/Wetgeving en Juridische Zaken, Ministerie van Binnenlandse Zaken, toegang 2.04.62, inventarisnummer 5, Kan aan Romme, 17 maart 1952. Met dank aan Fleuren die in zijn dissertatie melding maakt van het bestaan van deze brief, Fleuren 2004, p. 186.

⁵¹ Riphagen 1953, p. 69.

⁵² De volledige naam van deze wet is: Bevordering van doelmatige verdeling van woonegelegenheid.

⁵³ *Kamerstukken II* 1946/47, 424, nr. 3, p. 6.

Artikel 94 Grondwet toegepast

[...] Deze regelen vinden geen toepassing, indien en voor zover deze met de in artikel 3 bedoelde voorschriften onverenigbaar is.

Uit Riphagens artikel blijkt dat de formulering ‘vinden geen toepassing’ afkomstig is uit de Woonruimtetwet. Dit zou kunnen betekenen dat ook de betekenis die de grondwetgever aan deze formulering in het toetsingsartikel heeft toegekend, overeenkomt met de betekenis die deze formulering in de oorspronkelijke context, dus in artikel 4, eerste lid, van de Woonruimtetwet heeft. Om dit te achterhalen zal eerst de betekenis van de formulering ‘vinden geen toepassing’ in de oorspronkelijke context worden bekeken. Aansluitend zal aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van het toetsingsartikel worden gezien in hoeverre de betekenis van ‘vinden geen toepassing’ in het toetsingsartikel overeenkomt met de oorspronkelijke betekenis.

De bestudering van de wetsgeschiedenis van de Woonruimtetwet levert geen informatie op over de betekenis van de woorden ‘vinden geen toepassing’. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is er geen expliciete aandacht voor de tekst van artikel 4 van de Woonruimtetwet. Misschien kan meer worden gezegd over de betekenis van de formulering na bestudering van de bepalingen die samenhangen met artikel 4 van de Woonruimtetwet. Artikel 1 van de Woonruimtetwet attribueert aan de burgemeester de bevoegdheid tot het geven van een woonvergunning. Zonder een dergelijke vergunning is het niet toegestaan een woonruimte te betrekken. Artikel 4 van de Woonruimtetwet regelt dat de gemeenteraad voor de toepassing van artikel 1 van de Woonruimtetwet nadere regels vaststelt. Een zelfde bevoegdheid tot het vaststellen van nadere regels wordt in artikel 3 van de Woonruimtetwet ook aan de Minister van Binnenlandse Zaken toegekend.

De laatste volzin van artikel 4, eerste lid, van de Woonruimtetwet⁵⁴ ziet op de gevallen waarbij de toepassing van twee regelingen, een ministeriële en een gemeentelijke die tegelijkertijd van toepassing zijn, onverenigbaar blijkt te zijn. De gemeentelijke regeling dient dan geen toepassing te vinden. Welke regeling wel moet worden toegepast, blijft impliciet. Dit kan er ech-

⁵⁴ Zie boven voor de tekst van artikel 4 lid 1 laatste volzin Woonruimtetwet.

ter maar één zijn, namelijk de ministeriële regeling die haar grondslag vindt in artikel 3 van de Woonruimtetwet, omdat voor andere regelingen omtrent de toepassing van artikel 1 van de Woonruimtetwet geen wettelijke grondslag bestaat. Uit de samenhang tussen deze drie artikelen van de Woonruimtetwet kan worden opgemaakt dat de formulering ‘vinden geen toepassing’ letterlijke betekenis heeft.

Betekent dit dat de letterlijke betekenis nu ook geldt voor de formulering ‘vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met’ in de context van het toetsingsartikel? Om deze vraag te beantwoorden, keren we terug naar de grondwetsgeschiedenis van 1953. De zinsnede ‘vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met’ wordt pas kort voor de stemming over het wetsvoorstel in het amendement opgenomen. In de bijlagen bij de kamerstukken en in de handelingen van de eerste lezing in de Tweede Kamer is daarom geen toelichting te vinden op de betekenis van de zinsnede ‘vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met’. Pas helemaal aan het einde van het grondwetswijzigingsproces, tijdens de tweede lezing in de Eerste Kamer, wordt voor het eerst een opmerking gemaakt over de betekenis van de zinsnede. De Commissie van Rapporteurs zegt het volgende:

De redactie van ontwerp-artikel [65] wekt de indruk, dat een wettelijk voorschrift, dat in strijd met een overeenkomst is, alleen maar geen toepassing vindt. Bedoeld moet echter zijn dat – zo mogelijk – het voorschrift uit de overeenkomst toepassing zal vinden.⁵⁵

Waar de Commissie van Rapporteurs op doelt met ‘– zo mogelijk –’ wordt niet nader geëxpliciteerd. Uit de reactie van de regering in de memorie van antwoord blijkt dat zij de zienswijze van de Commissie van Rapporteurs bevestigt:

Dat een overeenkomst niet alleen de Nederlandse wet terzijde stelt, doch tevens zelve door de rechter zal moeten worden toegepast (voorzover het

⁵⁵ *Kamerstukken I 1952/53, 2700, nr. 63, p. 5.*

Artikel 94 Grondwet toegepast

een „self-executing treaty” betreft), volgt naar de mening der ondergetekenden uit artikel [66].⁵⁶

De regering lijkt geen problemen te zien, omdat zij ervan uitgaat dat de internationale bepaling altijd kan worden toegepast. Volgens de regering zal er slechts worden getoetst aan ‘self-executing’ of een ieder verbindende verdragsbepalingen, omdat de burger alleen aan deze bepalingen rechten kan ontlelen.⁵⁷ Uit de citaten kan worden opgemaakt dat de regering en de leden van de Commissie van Rapporteurs van de Eerste Kamer zich op het standpunt stellen, dat bij onverenigbaarheid van een nationale met een internationale bepaling de internationale bepaling in plaats van de nationale bepaling moet worden toegepast.

Nu vaststaat dat de zinsnede ‘vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met’ in het toetsingsartikel de letterlijke betekenis heeft, is het van belang de bedoeling van de grondwetgever van 1953 met het toetsingsartikel en in het bijzonder met de formulering ‘vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met’ te onderzoeken. Past de letterlijke betekenis bij het doel en de strekking van de zinsnede en van het gehele artikel?

De bestudering van de parlementaire stukken van de grondwetswijziging van 1953 levert over de bedoeling van de formulering geen informatie op. De al eerder genoemde brief van het ministerie met het door Riphagen voorgestelde amendement en het artikel van Riphagen in *De Nederlandse Gemeente* laten zich wel expliciet uit over de bedoeling van het opnemen van de formulering ‘vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met’ in het toetsingsartikel.

Via de gekozen formulering wordt, aldus Riphagen, de abstracte toetsing van nationale bepalingen aan internationale bepalingen uitgesloten. Door slechts concrete toetsing toe te staan zal worden voorkomen dat de rechter nationale bepalingen onverbindend verklaart wegens de onsplitsbaarheid

⁵⁶ *Kamerstukken I* 1952/53, 2700, nr. 63a, p. 3.

⁵⁷ Duynstee 1954, p. 52; Van Panhuys 1955, p. 49-50.

van de wil van de wetgever.⁵⁸ Samenvattend kan worden gezegd dat het doel van de formulering is, het zo nauwkeurig mogelijk regelen van de gevolgen die het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht heeft, voor de gelding van het nationale recht.

De indieners van het oorspronkelijke amendement trachtten met het toetsingsartikel twee doelen te bereiken. Naast het vastleggen van het beginsel van het primaat van al het internationale recht, wilden zij codificeren dat ook de rechter de bevoegdheid heeft om dit primaat volledig te effectueren. Hij mag daartoe nationale wettelijke voorschriften niet slechts toetsen aan jongere maar ook aan oudere verdragen.

Tegenstanders waren van mening dat de rechterlijke toetsing van een jongere wet aan een ouder verdrag niet zou moeten worden toegestaan. Zij stelden zich op het standpunt dat de wetgever met het aannemen van een wet ook het oordeel uitspreekt, dat de betreffende wet in overeenstemming is met de reeds bestaande verdragen. Als dat namelijk niet het geval zou zijn, aldus de redenering van de tegenstanders, dan zou de wetgever de wet niet hebben aangenomen. Volgens de tegenstanders van het rechterlijke toetsingsrecht is het niet aan de rechter om het oordeel van de wetgever over de verenigbaarheid van de jongere wet met het oudere verdrag aan een nieuwe toets te onderwerpen.

Na de wijziging van het amendement blijkt uit de toelichting van de indieners dat zij niet de intentie hebben gehad om het doel en de strekking van het toetsingsartikel te wijzigen. Hun doel is onveranderd het vastleggen van het toetsingsrecht, waarbij zij expliciteren dat de rechter alle nationale regelgeving mag toetsen aan alle bepalingen van overeenkomsten om zo het primaat van het internationale recht volledig te garanderen.⁵⁹ Dit blijkt zowel uit de schriftelijke toelichting die vermeldt dat de nieuwe redactie gekozen is om twijfel over de interpretatie van het oorspronkelijke amendement weg te nemen,⁶⁰ als uit de mondelinge toelichting:

⁵⁸ Riphagen 1953, p. 70.

⁵⁹ *Handelingen II* 1951/52, p. 1957-1958.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 1951/52, 2374, nr. 32.

Artikel 94 Grondwet toegepast

[Ik⁶¹ heb] de voorkeur gegeven aan een nieuwe tekst, waarin het primaat van een overeenkomst niet alleen boven oudere, maar ook boven nieuwe wetten uitdrukkelijk wordt neergelegd.⁶²

Als we het doel en de strekking van het toetsingsartikel als geheel leggen naast de bedoeling van de formulering ‘vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met’ dan valt het volgende op. De indieners van het oorspronkelijke amendement wilden met het artikel het beginsel van het primaat van al het internationale recht én het rechterlijke toetsingsrecht in de Grondwet verankeren. De rechter zou dan, evenals de wetgever, de bevoegdheid hebben om het primaat van het internationale recht volledig te kunnen effectueren. De indieners van het oorspronkelijke amendement spraken zich niet uit over de gevolgen die het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht zou hebben, voor de gelding van het nationale recht. Het oorspronkelijke amendement was geschreven vanuit het perspectief van de gelding van het internationale recht. Dit heeft voorrang op daarmee strijdige nationale bepalingen. Het gewijzigde amendement is daarentegen geredigeerd “vanuit het gezichtspunt van de gelding van het nationale recht”.⁶³ Via het formuleren van een voorschrift aan de rechter is getracht de gevolgen voor het nationale recht bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht zo nauwkeurig mogelijk vast te leggen. De regeling is echter zo strikt dat aan de rechter slechts één uitspraakoptie wordt toegestaan, namelijk het niet toepassen van de nationale bepaling als de toepassing niet verenigbaar is met een verdragsbepaling. De uitspraakmogelijkheden van de rechter na vaststelling van onverenigbaarheid zijn door het opnemen van deze formulering, uitgaande van de hiervoor omschreven letterlijke interpretatie van de formulering ‘vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met’, verengd tot een uitspraakgebod of -bevel.⁶⁴

⁶¹ Serrarens, Tweede Kamerlid van de Katholieke Volkspartij (KVP) en de initiatiefnemer van het amendement.

⁶² *Handelingen II* 1951/52, p. 1957-1958.

⁶³ Riphagen 1953, p. 70.

⁶⁴ Martens 2000 p. 750.

De totstandkoming van het toetsingsartikel

De bevoegdheid van de rechter bestaat uit twee onderdelen. Eerst dient hij nationaal recht te toetsen aan internationaal recht. Als deze toetsing onverenigbaarheid van de toepassing van de nationale bepaling met het internationale recht oplevert, dan moet hij aansluitend de internationale bepaling in de plaats stellen van het nationale voorschrift. Naast een toetsingsbevoegdheid is aan de rechter ook een uitspraakgebod gegeven, namelijk het buiten toepassing laten van de nationale bepaling waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de internationale verdragsbepaling. Daarmee is de bevoegdheid van de rechter in de Grondwet zeer exact omschreven. Het is echter de vraag of met deze bepaling de bedoeling van de indieners van het amendement ook nauwkeurig tot uitdrukking is gebracht. Deze vraag kan op basis van de grondwetsgeschiedenis niet worden beantwoord. De oorzaak hiervan ligt niet alleen in de verdeeldheid die heerste over het opnemen van een toetsingsartikel in de Grondwet. De toch chaotisch te noemen wijze van totstandkoming van de definitieve tekst van het toetsingsartikel draagt er ook aan bij dat de bedoeling van de grondwetgever zich niet helder laat destilleren uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Grondwet van 1953.⁶⁵

Afronding

Tijdens de voorbereiding van de grondwetwijziging van 1953 vormt de vraag of in de Grondwet een artikel moet worden opgenomen dat aan de rechter de bevoegdheid toekent om een jongere wet te toetsen aan een ouder verdrag, eigenlijk het enige strijdpunt. Omdat over dit onderwerp grote verdeeldheid bestaat, heeft de regering in haar wetsvoorstel geen bepaling opgenomen waarin een rechterlijk toetsingsrecht is geregeld. De regering wil de rechtsontwikkeling op dit gebied afwachten alvorens het rechterlijke toetsingsrecht eventueel in de Grondwet te verankeren. Door een tegen de wil van de regering aangenomen amendement, waarvan de tekst kort voor de stemming nog ingrijpend wordt gewijzigd, krijgt het rechterlijke toetsingsrecht in 1953 toch een plaats in de Grondwet. De indieners van het amendement streefden met het artikel twee doelen na.

⁶⁵ Fleuren 2009, p. 160.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Zij wilden het primaat van al het internationale recht boven het nationale recht en de bevoegdheid van de rechter om dit primaat volledig te kunnen effectueren in de Grondwet verankeren. De indieners hadden het amendement geredigeerd vanuit het perspectief van de gelding van het internationale recht. Echter, door de wijziging van het amendement, na overleg met ambtenaren van de Minister van Binnenlandse Zaken, is het toetsingsrecht van de rechter beschreven vanuit het perspectief van de gelding van het nationale recht waarbij aan de rechter een uitspraakgebod is opgelegd. Het is de vraag of de bedoeling van de indieners van het amendement goed tot uitdrukking is gebracht in de tekst van het aangenomen artikel. Daarnaast is het de vraag of het parlement bij het aannemen van het amendement de betekenis en de strekking van het toetsingsartikel voldoende scherp voor ogen heeft gehad. En ten slotte is het de vraag of kan worden gesproken over de bedoeling van de grondwetgever, omdat de regering zich expliciet heeft uitgesproken tegen het amendement en het amendement slechts met een geringe meerderheid door de Tweede Kamer is aangenomen.

2.4 De grondwetswijziging van 1956

Al tijdens de grondwetsherziening van 1953 wordt aanbevolen de artikelen die de buitenlandse betrekkingen regelen, nog eens nader te bestuderen. Zo is ten aanzien van het toetsingsartikel bij de tweede lezing in de Eerste Kamer het idee geopperd dit artikel snel te wijzigen.⁶⁶ De regering neemt deze adviezen ter harte. Zij benoemt in de tweede helft van 1954 een commissie, onder voorzitterschap van professor Kranenburg, die haar moet adviseren over eventuele wijzigingen van de artikelen die het buitenlands beleid regelen. De regering is overigens wel van mening dat de herziening, omdat deze zo kort na 1953 zal worden doorgevoerd, beperkt moet blijven tot technische wijzigingen. De regering erkent dat het soms lastig kan zijn om te bepalen of een verandering louter technisch van aard

⁶⁶ *Kamerstukken I* 1952/53, 2700, nr. 63, p. 4.

is.⁶⁷ In zijn rede bij de installatie van de commissie-Kranenburg besteedt de Minister van Binnenlandse Zaken, Beel, bijzondere aandacht aan het toetsingsartikel:

Ook zou ik willen wijzen op de reeds genoemde omstandigheid, dat sommige der nieuwe grondwetsbepalingen bij amendement in de Grondwet werden opgenomen. Zo bijv. artikel 65 betreffende de z.g. „toetsingsplicht van de rechter” [...]. Bij het parlementaire debat werd in hoofdzaak gediscussieerd over de *beginselen* die aan die bepalingen ten grondslag liggen; dikwijls ontbrak de gelegenheid, althans in eerste lezing, om ten volle aandacht te schenken aan de technische merites der voorgestelde wijzigingen, terwijl de in tweede lezing gemaakte opmerkingen uiteraard niet konden leiden tot wijziging van het aanhangige wetsvoorstel. [...]

De regering is niet voornemens wijzigingen voor te stellen met betrekking tot de hoofdbeginselen welke aan de nieuwe grondwetsbepalingen ten grondslag liggen. Zo wenst zij geen verandering gebracht te zien in de eerdergenoemde „toetsingsplicht van de rechter”, het punt, dat ook wel wordt aangeduid met „het primaat van het volkenrecht”. Hoewel de Regering, zoals U bekend, aanvankelijk afwijzend stond tegenover de bepaling die thans artikel 65 is geworden, acht zij het niet gewenst voorstellen te doen om het eenmaal aanvaarde beginsel uit de Grondwet te verwijderen.⁶⁸

Beel maakt met zijn opmerking duidelijk dat de regering zich anno 1954, ondanks eerdere bedenkingen, heeft verenigd met het in de Grondwet opgenomen toetsingsrecht. De vraag die het vorige grondwetsdebat regeerde, – Mag de rechter, naast de wetgever, de verenigbaarheid van een jongere wet met een ouder verdrag beoordelen? – staat, wat de regering betreft, niet opnieuw ter discussie. Beel lijkt de commissie aan te sporen het toetsingsartikel vooral op zijn technische merites nog eens kritisch te bekijken, zoals blijkt uit zijn opmerking “Zo wenst zij (de regering – JdW) geen verandering gebracht te zien in de eerdergenoemde toetsingsplicht van de rechter”.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1955/56, 4133 (R 19), nr. 4, p. 19.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 1955/56, 4133 (R 19), nr. 4, p. 19, cursivering Beel.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Tijdens de grondwetswijziging van 1956 gaat de aandacht met betrekking tot het toetsingsartikel uit naar de reikwijdte van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid. De meningen over de vraag of het rechterlijk toetsingsrecht al bij de grondwetswijziging van 1953 was beperkt tot een ieder verbindende bepalingen van verdragen, zijn verdeeld.⁶⁹ De regering geeft tijdens de parlementaire behandeling aan dat de voorgestelde wijziging, het toevoegen van ‘een ieder verbindende bepalingen’ niet principieel is, omdat de strekking van het artikel op dit punt al was beperkt.⁷⁰ De regering moest zich wel op dit standpunt stellen vanwege haar eigen eis dat alleen technische verbeteringen mochten worden aangebracht.

De betekenis van de zinsnede ‘vinden geen toepassing, wanneer deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met’ komt niet expliciet aan de orde. Bij de grondwetswijziging van 1956 wordt na ‘deze’ het woord ‘toepassing’ ingevoegd. De invoeging van ‘toepassing’ gebeurt louter ter verduidelijking en heeft geen invloed op de betekenis van de zinsnede. Uit de discussie over de vraag aan welke verdragsbepalingen de rechter mag toetsen, is te destilleren welke betekenis aan de zinsnede wordt toegekend. Dit komt het meest duidelijk tot uitdrukking in het rapport van de commissie-Kranenburg:

Het is ongewenst de rechter de plicht op te leggen alsdan (bij onverenigbaarheid van nationale wetsbepalingen met bepalingen van overeenkomsten die niet een ieder verbindend zijn – JdW) de wettelijke voorschriften niet toe te passen, aangezien in een dergelijk geval geen rechtsregels aanwezig zijn – ook niet in de overeenkomst –, welke de rechter wèl kan toepassen. Er is in dat geval dus een vacuüm, dat slechts kan worden opgevuld doordat de rechter *op zijn wijze* met voorbijgaan van het oordeel van Kroon en Staten-Generaal de uitvoering van een volkenrechtelijke verplichting van de wetgever gaat ter hand nemen. Om die redenen meent de commissie, dat de bepaling van artikel 65 – overeenkomstig de bedoeling,

⁶⁹ *Kamerstukken II* 1955/56, 4133 (R 19), nr. 6, p. 6 en nr. 7, p. 4; Fleuren 2004, p. 199.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 1955/56, 4133 (R 19), nr. 7, p. 4. Voor een uitputtende bespreking van dit punt verwijs ik naar de dissertatie van Fleuren.

De totstandkoming van het toetsingsartikel

die, naar de commissie meent te weten, daarbij steeds heeft voorgezeten – moet worden beperkt tot „self-executing” overeenkomsten.⁷¹

De commissie wijst op het rechtvacuüm dat zal ontstaan als de rechter de nationale wettelijke regel buiten toepassing laat bij onverenigbaarheid van nationale wettelijke voorschriften met niet een ieder verbindende verdragsbepalingen. Er zijn dan namelijk geen rechtsregels, ook niet in het verdrag, die de rechter kan toepassen. A contrario geredeneerd betekent dit, dat de commissie meent dat bij onverenigbaarheid van een nationaal wettelijk voorschrift met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling, na het buiten toepassing laten van het nationale voorschrift de een ieder verbindende verdragsbepaling wordt toegepast. Deze redenering van de commissie-Kranenburg die de regering in de memorie van toelichting onderschrijft,⁷² maakt duidelijk dat bij deze grondwetswijziging de letterlijke betekenis van de zinsnede ‘vinden geen toepassing, wanneer deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met’ ongewijzigd blijft.

Tijdens de plenaire behandeling komt de bedoeling van de indieners van het amendement dat in 1953 als artikel 65 in de Grondwet is opgenomen, nog een keer expliciet aan de orde als de woordvoerder van de Partij van de Arbeid (PvdA) in de Tweede Kamer, Van der Goes van Naters, stelt:

De tekst van het door de Regering voorgestelde artikel 66 behelst op andere wijze dan het bestaande artikel 65 de regel van het primaat van het internationale recht boven de nationale wettelijke voorschriften. Dit is de principiële kant van de zaak. Iedereen heeft zo van die dingen, die hem zeer ter harte gaan. Ik vraag: waar is dit primaat in ons rechtsbestel; alleen bij de „self-executing”-overeenkomsten of bij alle overeenkomsten? Ik wil met nadruk zeggen, dat naar mijn mening dat primaat er is bij alle overeenkomsten [...].

Mijn vraag aan de Regering is: Hoe kunnen wij nu goedpraten – en ik zou niet anders willen –, dat ook bij niet self-executing-overeenkomsten, die hier voor de Nederlandse rechter worden gebracht, het internationale

⁷¹ *Kamerstukken II 1955/56*, 4133 (R 19), nr. 4, p. 14, cursivering commissie-Kranenburg.

⁷² *Kamerstukken II 1955/56*, 4133 (R 19), nr. 3, p. 5.

Artikel 94 Grondwet toegepast

recht, waaraan wij ons zelf wettelijk verbonden hebben, prevaleert boven het alleen maar intern werkende nationale recht? Ik geloof, dat de nationale rechter in het door mij geschetste geval precies hetzelfde zal moeten doen als in artikel 66 van hem wordt gevraagd, d.w.z. het voorschrift [...] buiten toepassing laten.⁷³

Uit deze woorden blijkt dat Van der Goes van Naters de bedoeling van de indieners van het amendement deelt. De indieners van het amendement wilden immers het primaat van al het internationale recht vastleggen én een ongeclausuleerd toetsingsrecht voor de rechter codificeren. Het antwoord van minister Luns luidt:

Naar aanleiding van de beschouwingen van de geachte afgevaardigde de heer Van der Goes van Naters wil ik gaarne uitdrukkelijk verklaren, dat ik met hem van oordeel ben, dat alle, ons land verbindende, volkenrechtelijke overeenkomsten, of zij nu self-executing zijn of niet, als hoger recht gaan boven nationaal-rechtelijke voorschriften. Het laten voortbestaan van nationaal recht, dat in strijd is met een overeenkomst, is dus in ieder geval onrechtmatig. Met betrekking tot artikel 66 (nieuw) is echter alleen van belang in hoeverre de rechter het nationale recht buiten toepassing moet laten in zodanige gevallen. Ik wil hierbij vooropstellen, dat het niet wel doenlijk is in een enkel artikel een oplossing te geven voor alle moeilijkheden, die op dit gebied in de praktijk kunnen rijzen. Men zal dus met het aangeven van een beginsel moeten volstaan. De nieuwe tekst nu van artikel 66 geeft aan, dat de rechter slechts die voorschriften buiten toepassing moet laten, die in strijd zijn met een overeenkomst, die zelf een regeling bevat, die naar haar aard voor hantering door de rechter vatbaar is. De functie van de rechter brengt dit mee.⁷⁴

Minister Luns deelt de mening van Van der Goes van Naters (en de indieners van het amendement) over het primaat van het internationale recht in de nationale rechtsorde. Dit is niet verwonderlijk, omdat over dit punt in ieder geval sinds het begin van de twintigste eeuw in Nederland consensus bestaat. Luns volgt Van der Goes van Naters en de indieners van het amendement niet met betrekking tot het rechterlijke toetsingsrecht. Dit

⁷³ *Handelingen II* 1955/56, p. 796.

⁷⁴ *Handelingen II* 1955/56, p. 802.

moet vanwege de functie van de rechter beperkt blijven tot een ieder verbindende verdragsbepalingen, waarbij de mogelijkheid bestaat dit begrip ruim uit te leggen.⁷⁵ Van der Goes van Naters denkt hier, mede getuige zijn reactie in tweede termijn, anders over:

Ik zou het zo willen stellen: die tekst van artikel 66 is niet uitputtend voor alles wat de rechter nog eens zou kunnen gaan doen; dat is casuïstiek en wij doen beter dat niet allemaal in de Grondwet te zetten.⁷⁶

Luns gaat in tweede termijn niet nader op deze opmerking in,⁷⁷ maar gezien zijn reactie in eerste termijn kan hij deze opmerking van Van der Goes van Naters niet volledig onderschrijven.⁷⁸

Afronding

De bevoegdheden die de grondwetgever in 1956 aan de rechter toekent bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht, blijven nauwkeurig omschreven. Het rechterlijke toetsingsrecht is vanaf 1956 expliciet beperkt tot een ieder verbindende bepalingen van verdragen, waarbij de rechter zelf beslist of hij een verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend acht. Het uitspraakgebod zoals dat in 1953 is geformuleerd, blijft ongewijzigd. Bij onverenigbaarheid van een nationale bepaling met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling moet in plaats van het nationale voorschrift de een ieder verbindende verdragsbepaling worden toegepast.

De bedoeling van de grondwetgever met het toetsingsartikel lijkt bij de grondwetwijziging van 1956 eenduidiger dan bij de grondwetwijziging van 1953. Drie jaar eerder was de grondwetgever immers zeer verdeeld over het al dan niet opnemen van een toetsingsartikel en is de totstandkoming van de definitieve tekst van het artikel betrekkelijk chaotisch verlopen.

⁷⁵ Fleuren 2004, p. 213.

⁷⁶ *Handelingen II* 1955/56, p. 806.

⁷⁷ *Handelingen II* 1955/56, p. 808.

⁷⁸ Fleuren 2004, p. 213.

2.5 De grondwetswijziging van 1983

Na de partiële grondwetswijzigingen van 1953 en 1956 bestaat nog altijd de wens de Grondwet in zijn geheel te herzien. In 1966 versijnt de 'Proeve van een nieuwe Grondwet'. In dit voorstel zijn geen veranderingen aangebracht in de uitgangspunten van de regeling die in 1953 en 1956 is ontworpen voor de buitenlandse betrekkingen en het buitenlands beleid. De voorgestelde veranderingen blijven beperkt tot verduidelijkingen in terminologisch en redactioneel opzicht.⁷⁹ Over het buiten toepassing laten van nationale bepalingen die onverenigbaar zijn met een ieder verbindende verdragsbepalingen, wordt in de toelichting bij de proeve opgemerkt:

In het tegenwoordige artikel 66 wordt de moeilijkheid opgelost, die ontstaat indien de toepassing van een ieder verbindende bepalingen van een verdrag in botsing komt met nationale wettelijke voorschriften. Toepassing van de nationale voorschriften moet dan naar de grondwet achterwege worden gelaten. Deze regeling is in het voorgestelde nieuwe artikel gehandhaafd.⁸⁰

De staatscommissie-Cals-Donner neemt de in de proeve voorgestelde bepaling waarin de artikelen 65, 66 en een gedeelte van artikel 67 van de Grondwet van 1956 tot één bepaling zijn samengevoegd, nagenoeg ongewijzigd over. De commissie laat zich daarbij niet expliciet uit over de zinsnede 'vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met'.⁸¹ Na het advies van de Raad van State⁸² splitst de regering de door de staatscommissie voorgestelde bepaling in twee artikelen. De regering maakt de opmerking uit de toelichting bij de proeve over het niet toepassen van nationale voorschriften bij botsing met een ieder verbindende verdragsbepalingen tot de hare door deze letterlijk over te nemen in de memorie van toelichting.⁸³

⁷⁹ Proeve 1966, p. 135.

⁸⁰ Proeve 1966, p. 155.

⁸¹ Eindrapport staatscommissie-Cals-Donner 1971, p. 184-185.

⁸² *Kamerstukken II* 1977/78, 15049 (R1100), nr. 4, p. 17.

⁸³ *Kamerstukken II* 1977/78, 15049 (R1100), nr. 3, p. 10-11.

In het voorlopig verslag vraagt de fractie van het Christen Democratisch Appèl (CDA) of de zinsnede ‘vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met’ wellicht anders moet worden geformuleerd om buiten twijfel te stellen dat de rechter de nationale bepaling niet slechts abstract, maar ook concreet dient te toetsen. De fractie komt tot deze vraag, omdat zij de indruk heeft dat de Hoge Raad de neiging heeft zich te beperken tot abstracte toetsing van de nationale regel.⁸⁴ Uit het antwoord van de regering blijkt dat ook zij van mening is, dat de toetsing van de nationale bepaling aan de een ieder verbindende verdragsbepaling niet beperkt mag blijven tot abstracte toetsing. De regering vindt dat de gebruikte formulering voldoende duidelijk uitdrukt dat de rechter zich niet mag beperken tot abstracte toetsing, maar ook wordt geacht te toetsen of de toepassing van de regel in het concrete geval verenigbaar is met de een ieder verbindende verdragsbepaling.⁸⁵ Uit deze korte gedachtewisseling tussen parlement en regering kan worden geconcludeerd dat rond 1980, anders dan de vormgevers van dit gedeelte van het amendement beoogden,⁸⁶ abstracte toetsing van de nationale bepaling door de grondwetgever niet wordt uitgesloten. Ook omdat de reactie van de regering tijdens het vervolg van de parlementaire behandeling niet op weerstand stuit.

Tijdens de mondelinge behandeling wordt het toetsingsartikel nog uitgebreid besproken omdat Tweede Kamerlid Brinkhorst van de Politieke Partij Democraten '66 (D'66)⁸⁷ via een amendement probeert alsnog twee wijzigingen in het toetsingsartikel aan te brengen. De regering heeft de eerdere wijzigingsverzoeken van de D'66-fractie bij de voorbereiding van de parlementaire behandeling niet gehonoreerd.⁸⁸ Brinkhorst pleit ervoor de woorden ‘een ieder verbindende’ uit het artikel te schrappen. Verder wil

⁸⁴ *Kamerstukken II* 1978/79, 15049 (R1100), nr. 6, p. 14; HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107, zie par. 3.5.3.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 1979/80, 15049 (R1100), nr. 7, p. 18-19.

⁸⁶ Zie par. 2.3.

⁸⁷ Sinds 1981 is de apostrof uit de partijnaam verdwenen en wordt de partijnaam afgekort als D66.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 1979/80, 15049 (R1100), nr. 10, p. 8-11.

Artikel 94 Grondwet toegepast

hij het rechterlijke toetsingsrecht uitbreiden naar het ongeschreven volkenrecht.⁸⁹

Het eerste gedeelte van het amendement, het schrappen van de woorden ‘een ieder verbindende’ komt niet in stemming, omdat de indiener het tijdens de parlementaire behandeling intrekt.⁹⁰ De regering is geen voorstander van het verruimen van het toetsingsrecht naar ongeschreven volkenrecht, omdat zij meent dat de exacte inhoud van het ongeschreven volkenrecht moeilijk is vast te stellen. Deze verruiming zou daarom kunnen leiden tot rechtsonzekerheid. Daarnaast vreest zij dat de scheiding van de taken van de wetgever en de rechter in gevaar kan komen.⁹¹ De Tweede Kamer lijkt deze zienswijze van de regering te delen, want het amendement wordt verworpen.⁹²

Afronding

Bij de grondwetswijziging van 1983 worden in het toetsingsartikel slechts redactionele wijzigingen aangebracht. De betekenis en de bedoeling van het artikel veranderen niet. Dit betekent dat ook de bevoegdheden van de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van nationaal met internationaal recht niet zijn veranderd.⁹³ De rechter dient alle binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften die niet verenigbaar zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen, buiten toepassing te laten en hij dient in plaats van het buiten toepassing gelaten wettelijke voorschrift de verdragsbepaling toe te passen.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 1979/80, 15049 (R1100), nr. 14 en nr. 18.

⁹⁰ *Handelingen II* 1979/80, p. 4436.

⁹¹ *Kamerstukken II* 1978/79, 15049 (R1100), nr. 3, p. 13; *Kamerstukken II* 1979/80, 15049 (R1100), nr. 10, p. 8-11.

⁹² *Handelingen II* 1979/80, p. 4504.

⁹³ Kortmann 1987, p. 278.

2.6 De Staatscommissie Grondwet 2010

Op 3 juli 2009 heeft de Minister van Binnenlandse Zaken, Ter Horst, een Staatscommissie Grondwet ingesteld onder het voorzitterschap van Thomassen, raadsheer bij de Hoge Raad en voormalig rechter van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Een van de vragen die de regering aan deze staatscommissie heeft voorgelegd, is “zich te buigen over de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde, en de vraag of het grondwettelijk kader nog adequaat is”.⁹⁴ Ter beantwoording van deze vraag is de staatscommissie ingegaan op de procedure van de goedkeuring van verdragen, zoals deze is opgenomen in artikel 91 van de Grondwet, en op een aantal aspecten van het toetsingsartikel. De staatscommissie gaat expliciet in op de vraag of het wenselijk is een aparte bepaling in de Grondwet op te nemen die aangeeft dat verdragsbepalingen die in strijd zijn met wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie, geen voorrang hebben op nationaal recht. Daarnaast beantwoordt de staatscommissie de vragen of de artikelen 93 en 94 van de Grondwet kunnen worden verduidelijkt en of artikel 94 van de Grondwet zo moet worden gewijzigd dat toetsing van wettelijke voorschriften aan ongeschreven internationaal gewoonterecht wordt toegestaan.⁹⁵

In het kader van dit onderzoek zijn vooral de antwoorden op de laatste twee vragen interessant. Als antwoord op de vraag naar de mogelijke verduidelijking van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet stelt de staatscommissie voor de begrippen ‘een ieder [...] verbinden’ en ‘een ieder verbindende’ te vervangen door ‘rechtstreeks [...] werken’ en ‘rechtstreeks werkende’. Het doel van deze wijziging is de duidelijkheid en de toegankelijkheid van de tekst te vergroten. De staatscommissie voert als argumenten aan dat het begrip ‘een ieder verbindend’ taalkundig niet gelukkig is gekozen en dat de betekenis van ‘een ieder verbindend’ in de praktijk gelijk loopt met ‘rechtstreekse werking’ in het Europese recht en andere Europese landen. Ten slotte voert de staatscommissie aan dat in de rechtspraak

⁹⁴ Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 111.

⁹⁵ Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 125.

Artikel 94 Grondwet toegepast

de begrippen ‘een ieder verbindend’ en ‘rechtstreeks werkend’ als synoniemen worden gebruikt.⁹⁶ De staatscommissie merkt aansluitend op:

Een wijziging van de terminologie in de artikelen 93 en 94 Grondwet heeft geen gevolgen voor de toepasselijkheid en voorrang van internationaal-rechtelijke normen.⁹⁷

Over de zinsnede ‘vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met’ spreekt de staatscommissie zich niet uit. Zij zegt niets over de betekenis van de zinsnede en niets over de manier waarop de rechter deze zinsnede in de afgelopen bijna zestig jaar heeft toegepast.

Over het antwoord op de vraag of de rechter ook via artikel 94 van de Grondwet de bevoegdheid moet krijgen om nationale wettelijke voorschriften te toetsen aan ongeschreven internationaal gewoonterecht heerst in de staatscommissie verdeeldheid. Twee van de tien leden van de staatscommissie willen op dit punt geen wijziging aanbrengen in het huidige artikel 94 van de Grondwet. Zij willen het rechterlijke toetsingsrecht niet uitbreiden naar ongeschreven internationaal gewoonterecht. De andere acht leden zijn voorstander van het verbreden van het toetsingsrecht van de rechter. Deze meerderheid van de staatscommissie onderbouwt haar standpunt met een aantal argumenten. Ik beperk mij tot het noemen van de twee belangrijkste argumenten, voor de overige argumenten verwijs ik naar het rapport van de Staatscommissie Grondwet 2010.⁹⁸ Het verbod van rechterlijke toetsing aan internationaal gewoonterecht staat in schril contrast met de grote openheid van de Nederlandse rechtsorde tegenover het internationale recht. Daarnaast wijzen de ontwikkelingen in de rechtspraak sinds 1983 in de richting van het afschaffen van het verbod van rechterlijke toetsing aan internationaal gewoonterecht.⁹⁹

Vijf van de acht voorstanders van het uitbreiden van het toetsingsrecht pleiten voor een recht van toetsing aan al het ongeschreven internationaal

⁹⁶ Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 130-131; anders Kortmann 2008, p. 183-186.

⁹⁷ Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 131.

⁹⁸ Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 132-135.

⁹⁹ Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 133-134.

gewoonterecht. De drie andere leden willen de uitbreiding van het toetsingsrecht beperken tot dwingende bepalingen van ongeschreven internationaal gewoonterecht.¹⁰⁰

Afronding

In 2010 heeft de Staatscommissie Grondwet voorgesteld om het begrip ‘een ieder verbindend’ in het toetsingsartikel te vervangen door ‘rechtstreeks werkend’. De staatscommissie merkt over dit voorstel expliciet op dat deze wijziging in de terminologie de betekenis en de toepasselijkheid van het artikel niet wijzigt.

Daarnaast stelt een meerderheid van de staatscommissie voor om het rechterlijke toetsingsrecht uit te breiden naar het ongeschreven internationale gewoonterecht. Als dit voorstel in de Grondwet zou worden opgenomen, dan zou de bevoegdheid die de grondwetgever aan de rechter heeft toegekend om de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht te waarborgen, worden verruimd.¹⁰¹

2.7 Tot besluit

De Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden kent sinds 1953 een artikel waarin bevoegdheden voor de rechter zijn opgenomen bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. Dit wil niet zeggen dat aan de rechter vóór 1953 geen rol toekwam bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. De rechter mocht oudere wetten toetsen aan jongere verdragen. Het was onduidelijk of de rechter ook mocht beoordelen of

¹⁰⁰ Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 135.

¹⁰¹ Het kabinet-Rutte heeft aangegeven dat het ten aanzien van dit voorstel van de staatscommissie geen voorstellen tot wijziging van de Grondwet zal entameren. Als redenen voert het kabinet aan het ontbreken van een dringende politieke en/of maatschappelijke behoefte en onvoldoende constitutionele rijpheid. ‘Kabinetsreactie advies staatscommissie Grondwet 11 november 2010’, *Kamerbrief 24 oktober 2011*, p. 13-14, www.rijksoverheid.nl (zoek op *kabinetsreactie staatscommissie Grondwet 11 november 2010*).

Artikel 94 Grondwet toegepast

jongere wetten verenigbaar waren met oudere verdragen. Aan deze onduidelijkheid kwam in 1953 een einde door het opnemen van een toetsingsartikel in de Grondwet. Het toetsingsartikel dat bij deze grondwetswijziging in de Grondwet is opgenomen, kent aan de rechter de bevoegdheid toe om al het nationale recht te toetsen aan verdragen. Deze toetsingsbevoegdheid van de rechter is bij de grondwetswijziging van 1956 expliciet beperkt tot een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Na 1956 zijn in het toetsingsartikel nog slechts redactionele wijzigingen aangebracht die de betekenis van het artikel niet hebben beïnvloed.

Het toetsingsartikel geeft aan dat de rechter de nationale bepaling geen toepassing mag laten vinden, als het resultaat van de toetsing is dat de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen. Het toetsingsartikel codificeert naast een toetsingsbevoegdheid voor de rechter dus ook een uitspraakgebod.

Hoe de rechter de toetsingsbevoegdheid en het uitspraakgebod, dat besloten ligt in de woorden ‘vinden geen toepassing’, invult, is de vraag die in de volgende hoofdstukken zal worden onderzocht.

3 De rechtspraak in de periode 1814 – 1979

3.1 Inleiding

Na de bespreking van de grondwetsgeschiedenis van het toetsingsartikel in het vorige hoofdstuk staat in dit hoofdstuk de rechtspraak centraal. De rechtspraak wordt onderzocht om een antwoord te vinden op de vraag hoe de rechter invulling geeft aan zijn bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

In dit hoofdstuk zal de rechtspraak uit de periode 1814 – 1979 worden besproken. Deze periode valt uiteen in twee delen. Het eerste deel van deze periode (1814 – 1952) is het tijdvak waarin de Grondwet nog geen toetsingsartikel kent. Het tweede deel van deze periode begint in 1953, het jaar waarin het toetsingsartikel een plaats krijgt in de Grondwet.

In het vorige hoofdstuk is besproken dat er al in 1814 consensus heerste over het positieve antwoord op de vraag of de rechter een oudere wet mocht toetsen aan een jonger verdrag. De analyse van de rechtspraak uit de periode 1814 – 1918 in paragraaf 3.2, laat zien hoe de rechter omgaat met de bevoegdheid om te beoordelen of een bepaling van een oudere wet verenigbaar is met een jonger verdrag.

In paragraaf 3.3, de paragraaf waarin de rechtspraak uit de periode 1919 – 1952 centraal staat, wordt duidelijk hoe de rechter zijn bevoegdheid bij het beoordelen van de verenigbaarheid van een jongere wet met een ouder verdrag invult. De meningen over het antwoord op de vraag of de rechter een jongere wet mocht toetsen aan een ouder verdrag, waren tot ver in twintigste eeuw sterk verdeeld.

In paragraaf 3.4 wordt de rechtspraak uit de periode direct na het opnemen van het toetsingsartikel in de Grondwet geanalyseerd (1953 – 1959). Deze paragraaf zal laten zien dat de codificatie van de bevoegdheid van de rechter in de Grondwet de rechtspraak van de Hoge Raad nog niet direct ernstig wijzigt. Na 1960 wordt langzaam maar zeker de invloed van het toetsingsartikel zichtbaar in de rechtspraak van de Hoge Raad, zoals zal blijken uit de bespreking van de jurisprudentie uit de periode 1960 – 1979 in paragraaf 3.5. Wel dient te worden opgemerkt dat het lastig is om in de

periode 1953 – 1979 een scherpe grens te trekken. De aangebrachte scheiding tussen de paragrafen 3.4 en 3.5 is dan ook tot op zekere hoogte arbitrair.

3.2 De periode 1814 – 1918

In 1841 wijst de Hoge Raad voor de eerste keer een arrest waarin de vraag naar de rechtskracht van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde en de verhouding tussen de rechtskracht van nationale bepalingen en een verdragsbepaling centraal staat. Na een aanvaring op de Rijn in de buurt van Millingen tussen een boot van een Düsseldorfse en een boot van een Rotterdamse stoombootmaatschappij vordert eerstgenoemde in eerste aanleg een schadevergoeding van laatstgenoemde maatschappij. De uitspraak van de Rotterdamse rechtbank wordt in hoger beroep aangevochten voor het Provinciaal Gerechtshof in Holland. Dit hof vernietigt de uitspraak van de rechtbank, omdat de rechtbank zich onbevoegd had behoren te verklaren op grond van een artikel van een reglement met betrekking tot de vaart op de Rijn. Dit reglement is een onderdeel van de Overeenkomst tussen de Rijnsoeverstaten van 1831. De betreffende bepaling geeft aan welke rechter in eerste aanleg bevoegd is te oordelen over geschillen waarin wordt geklaagd over “schade door de onachtzaamheid der bestuurders van schepen en vloten, gedurende hunne reize of bij het aandoen der oevers te weeg gebragt”. Op grond van de genoemde bepaling is, aldus het Provinciaal Gerechtshof, niet de Rotterdamse maar de Arnhemse rechtbank bevoegd om in eerste aanleg over de vordering tot schadevergoeding te oordelen. De vraag die de Hoge Raad moet beantwoorden, is of de bepaling van de Rijnvaartovereenkomst kan bestaan naast de artikelen 166 en 167 van de Grondwet. Artikel 166 van de Grondwet bepaalde dat de rechterlijke macht uitsluitend kan worden uitgeoefend door rechtbanken die op grond van de Grondwet zijn ingesteld. In artikel 167 van de Grondwet was neergelegd dat niemand kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. De Hoge Raad ziet

geen probleem voor het naast elkaar bestaan van de verdragsbepaling en de grondwetsbepalingen en overweegt dat:

... de uitdrukkelijke voorafgaande goedkeuring der Staten-Generaal niet werd vereischt om hetzelfde wettelijke verbindende kracht te doen hebben voor alle hooge contracterende partijen en derzelve onderdanen en ingezetenen; maar dat de regeling en aanwijzing van rechtspraak in de daarbij omschrevene bijzondere gevallen *eo ipso*, dat zij conform art. 58 der Grondwet¹ heeft plaats gehad, bij het stilzwijgen der Staten-Generaal als eene wettelijke regeling en aanwijzing moet beschouwd worden, die dezelfde kracht moet hebben als of dezelve door de vormen, anderszins voor gewone wetten gevorderd, was gevestigd, en als of alzoo in dezen de Regtbanken in verschil door de wet zelve waren aangewezen, in conformiteit met de art. 166 en 167 der Grondwet;²

De Hoge Raad oordeelt dat het in de Rijnvaartovereenkomst geïncorporeerde reglement in overeenstemming met artikel 58 van de Grondwet is gesloten en bekrachtigd. Dit heeft tot gevolg dat de bepalingen van de Rijnvaartovereenkomst dezelfde rechtskracht hebben als een wet in formele zin, ook al is het betreffende reglement, in tegenstelling tot wetten in formele zin, niet goedgekeurd door de Staten-Generaal. De goedkeuring van de Staten-Generaal wordt door artikel 58, derde lid, van de Grondwet slechts geëist voor verdragen die de Koning in vredetijd sloot en waarbij hij afstand deed van een gedeelte van het grondgebied. Omdat de Rijnvaartovereenkomst niet valt onder de reikwijdte van artikel 58, derde lid, van de Grondwet, was de goedkeuring door de Staten-Generaal niet vereist.

In dit arrest verwoordt de Hoge Raad op verschillende manieren dat verdragsbepalingen die conform artikel 58 van de Grondwet (1815) zijn tot stand gekomen, dezelfde status en rechtskracht hebben als artikelen van wetten in formele zin. Hij laat zich niet uit over de eventuele onverenigbaarheid van bepalingen van een wet in formele zin met een aan de wet

¹ Artikel 58 van de Grondwet (1815).

² HR 25 juni 1841, *W* 221.

Artikel 94 Grondwet toegepast

gelijke verdragsbepaling. Dat is in casu niet noodzakelijk, omdat de in het geding zijnde bepalingen naar het oordeel van de Hoge Raad niet onverenigbaar zijn en derhalve naast elkaar kunnen bestaan.

De Hoge Raad doet in het vervolg van de negentiende eeuw nog diverse malen uitspraken over de status en rechtskracht van bepalingen van verdragen in de nationale rechtsorde. De Hoge Raad bevestigt in al deze uitspraken steeds zijn oordeel in de uitspraak uit 1841. Een conform de Grondwet gesloten en bekrachtigd verdrag heeft formeelwettelijke rechtskracht. Het gevolg van dit oordeel is dat bepalingen van verdragen de rechtspositie van de burger direct kunnen beïnvloeden, niet alleen in het privaatrecht en bestuursrecht maar ook in het strafrecht. Zo is door een verdrag dat in 1831 werd gesloten,³ de strafbaarheid voor het ronselen en aanzetten tot desertie van militairen, niet meer beperkt tot Nederlandse militairen, maar geldt deze ook voor het ronselen van dienstplichtigen van de andere verdragsluitende staten:

O., dat alzoo bij de genoemde overeenkomst van cartel de bepalingen van art. 3 der wet van den 12 Dec. 1817 [...] zijn uitgebreid en toepasselijk verklaard op verleiding tot desertie van dienstplichtigen, tot den Staat van eene der hooge contracterende partijen behoorende, om die in de land- of zeedienst eener vreemde mogendheid [...] te doen overgaan; en dat mitsdien de aangehaalde bepalingen uit de overeenkomst van cartel, in verband met de genoemde wet, eene strafwet daarstellen, waarbij voorzien is tegen het misdrijf, waaraan de req. bij het aangevallen arrest is schuldig verklaard; [...]

O., dat mitsdien de onderwerpelijke overeenkomst van cartel, door de Koning gesloten en bekrachtigd, volgens het regt, daartoe onbeperkt bij art. 58, al. 1, der Grondwet van 1815 aan den Koning opgedragen, nadat

³ De Algemeene Overeenkomst van Cartel, tusschen de Duitsche Bondsstaten, Frankfurt am Main 10 februari 1831, *Stb.* 1832, 45.
De koningen Willem I, Willem II en Willem III waren als groothertog van Luxemburg en sinds 1839 ook als hertog van Limburg lid van de Duitse Bond.

zij bij Kon. besluiten [...] behoorlijk was afgekondigd, – verbindend is, en
alzo als strafwet heeft kunnen worden toegepast;⁴

Ook in deze uitspraak oordeelt de Hoge Raad expliciet dat bepalingen van
volgens de Grondwet goedgekeurde verdragen verbindend zijn en als
(straf)wet kunnen worden toegepast.

Aan het begin van de twintigste eeuw doet de Hoge Raad een uitspraak
waarin hij zijn in 1841 uitgesproken oordeel opnieuw bevestigt. Verdragen
die met inachtneming van de grondwettelijke voorwaarden zijn gesloten
en bekrachtigd, hebben formeelwettelijke rechtskracht. Opnieuw noemt
hij expliciet de bevoegdheid van de Koning(in) om via verdragen, mits
deze op grondwettelijke wijze zijn tot stand gekomen, de wettelijke rech-
ten van burgers te beïnvloeden. Hij voegt nog toe dat hiervoor geen wets-
wijziging noodzakelijk is en dat het verdragsartikel daarmee aan de
Koning(in) wetgevende bevoegdheid toekent:

... dat toch bij art. 59 der Grondwet⁵ aan de Koningin de bevoegdheid is
toegekend, verdragen met vreemde mogendheden te sluiten en te bekrach-
tigen met dien verstande, dat, zoo die verdragen wettelijke rechten van
Nederlandsche onderdanen betreffen, zij door de Koningin niet bekrach-
tigd kunnen worden, dan na door de Staten-Generaal te zijn goedgekeurd
en dat die voorafgaande goedkeuring geen zin zou hebben, indien het de
bedoeling van art. 59 was, dat slechts door wetswijziging ten gevolge van
verdragen met vreemde mogendheden en dienovereenkomstig verande-
ring in wettelijke rechten der onderdanen zouden kunnen worden ge-
bracht; – dat veeleer moet worden aangenomen dat door art. 59 der
Grondwet aan de Koningin de bevoegdheid is toegekend, om mits zij
vooraf door de Staten-Generaal zijn goedgekeurd, verdragen waarbij wet-
telijke rechten van Nederlandsche onderdanen betrokken zijn, voor die
onderdanen verbindend te maken, zoodat de bepaling van art. 59 der
Grondwet, aan de Koningin wetgevende bevoegdheid toekennende op in-

⁴ HR 3 december 1856, *W* 1878. Ook HR 9 februari 1864, *W* 2565 en HR 17 februari 1879, *W* 4345 zijn uitspraken waarin de Hoge Raad aanvaardt dat de strafbaarheid op grond van Nederlandse wettelijke bepalingen is uitgebreid door verdragsbepalingen; zie ook Fleuren 2004, p. 130.

⁵ Artikel 59 van de Grondwet (1887).

Artikel 94 Grondwet toegepast

ternationaal privaatrechtelijk gebied, staat naast de bepaling van de artt. 150 en 109 der Grondwet en art. 5 der Wet houdende algemeene bepalingen van Wetgeving van het Koninkrijk;⁶

Deze beschikking uit 1906 krijgt veel aandacht in de literatuur. Verschillende juridische wetenschappers twisten over de vraag of de conform de Grondwet goedgekeurde verdragen op één lijn kunnen worden gesteld met wetten in formele zin en of een verdrag door de goedkeuring volgens de Grondwet onderdeel is geworden van de nationale wetgeving.⁷ Erades merkt naar mijn mening terecht op dat deze beschikking van de Hoge Raad “na het arrest van 1841 niet zo revolutionerend geacht kan worden als wel eens wordt beweerd”.⁸

De vraag naar de consequenties van eventuele onverenigbaarheid van een nationale bepaling met een verdragsbepaling komt niet aan de orde, daarom laat ik de uitgebreide discussie in de literatuur over deze uitspraak verder rusten.

Gedurende de in deze paragraaf beschreven periode oordeelt de Hoge Raad slechts over gevallen waarbij het van toepassing zijnde wetsartikel ouder is dan de ingeroepen of bestreden verdragsbepaling. Ook oordeelt de Hoge Raad steeds dat de beide bepalingen naast elkaar kunnen worden toegepast, omdat ze niet onverenigbaar zijn. In 1908 spreekt de Hoge Raad nog wel expliciet uit dat oudere wetsbepalingen hun rechtskracht kunnen verliezen door de latere bekrachtiging van een verdrag. Dit kan uiteraard alleen als de bekrachtiging op grondwettelijk voorgeschreven wijze heeft plaatsgevonden en

... alleen voor zoover dit in daarin (in het verdrag) vervatte bepalingen voortvloeit, of die voorschriften met hare bepalingen in strijd zijn;⁹

⁶ HR 25 mei 1906, *W* 8383.

⁷ Erades bespreekt de reactie van een tiental auteurs op deze beschikking, Erades 1949, p. 86-90; zie ook Fleuren 2004, p. 109-111.

⁸ Erades 1949, p. 86.

⁹ HR 1 juni 1908, *W* 8721.

De vraag hoe te handelen als er sprake zou zijn van een jongere wetsbepaling die in strijd is met een al geratificeerd, dus ouder, verdrag beantwoordt de Hoge Raad in deze periode niet. Hij lijkt een uitspraak over de voorrangregel *lex posterior derogat legi anteriori* bewust te vermijden en krijgt hiertoe ook de mogelijkheid, omdat hij tot 1919 niet wordt geroepen te oordelen over een geschil waarbij een jongere wetsbepaling en een oudere verdragsbepaling in het geding zijn.

In de lagere rechtspraak komt deze vraag wel een keer aan de orde in een zaak die door de Hoge Raad is verwezen naar het Gerechtshof 's-Gravenhage. De Hoge Raad heeft zich niet inhoudelijk over de zaak uitgelaten, omdat hij het vonnis ambtshalve heeft vernietigd wegens vormverzuim. Advocaat-generaal Gregory is in zijn conclusie wel inhoudelijk op de zaak ingegaan. Hij heeft geconcludeerd dat een jongere wet een oudere bepaling van een verdrag niet opzij kan zetten, omdat “een tractaat staat *boven* de Wet”.¹⁰ Het Haagse hof heeft de opvatting van de advocaat-generaal tot de zijne¹¹ gemaakt door te oordelen dat:

... aan tractaten [...] door eene latere gewone wet de rechtsgeldige kracht niet kan ontnomen worden, daar eene afwijking van de bepalingen van dergelijk tractaat dan eerst rechtsgeldig zou kunnen bestaan, wanneer door dezelfde macht, die aan het tractaat het aanzijn gaf, bedoelde afwijkingen nader waren vastgesteld;¹²

Het verdrag is gesloten en bekrachtigd door de Koning en daarom kan slechts de Koning, als degene “die aan het tractaat zijn aanzijn gaf”, aan eventuele wijzigingen rechtskracht verlenen. Het gevolg van het oordeel van het hof is, dat:

[de jongere nationale strafbepalingen] niet kunnen hebben gederogeerd aan de bepalingen van de in den aanhef bedoelde tractaten en daaruit voortgevloeid reglement;¹³

¹⁰ HR 13 december 1886, *W* 5395, conclusie A-G, cursivering A-G Gregory.

¹¹ Fleuren 2004, p. 126.

¹² Hof 's-Gravenhage 17 februari 1887, *W* 5423.

¹³ Hof 's-Gravenhage 17 februari 1887, *W* 5423.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Door dit oordeel van het hof wordt de door de rechtbank veroordeelde Zeeuwse loods ontslagen van rechtsvervolging. Hij is veroordeeld wegens het niet betalen van het op grond van de jongere nationale wetsartikelen verschuldigde steigergeld. Het oudere bilaterale verdrag bevat echter een bepaling die juist beoogt de loodsdiensten van Nederland en België vrij te stellen van rechten zoals het gevorderde steigergeld.¹⁴

Afronding

In de periode van 1814 tot 1918 oordeelt de Hoge Raad dat bepalingen van verdragen die volgens de Grondwet zijn vastgesteld en bekrachtigd direct, dat wil zeggen zonder dat wetswijziging noodzakelijk is, verbindende kracht hebben in de nationale rechtsorde. Verdragsbepalingen hebben, aldus de Hoge Raad, formeelwettelijke rechtskracht. Ook burgers kunnen derhalve rechten ontleen aan en plichten opgelegd krijgen door deze verdragsbepalingen.

Gedurende deze periode oordeelt de Hoge Raad steeds dat bepalingen van wetten in formele zin niet in strijd zijn met verdragsbepalingen en dat de bepalingen dus naast elkaar kunnen worden toegepast. Wel spreekt de Hoge Raad expliciet uit dat bepalingen van wetten in formele zin hun rechtskracht kunnen verliezen, als dit voortvloeit uit de verdragsbepalingen van een jonger verdrag of als de formeelwettelijke bepalingen niet verenigbaar zijn met een jonger verdrag. Door de consequente oordelen van de Hoge Raad dat het nationale recht verenigbaar is met het internationale recht, heeft hij in deze periode geen eigen inbreng bij het beoordelen van de verenigbaarheid van nationaal met internationaal recht. De Hoge Raad bevestigt slechts de opvattingen van de wetgever over de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

De Hoge Raad wordt in deze periode alleen geroepen te oordelen over de verenigbaarheid van bepalingen van oudere wetten in formele zin met jongere verdragsbepalingen. De vraag hoe te handelen als jongere nationale bepalingen in strijd zouden zijn met oudere verdragsbepalingen,

¹⁴ Reglement ter uitvoering van de tractaten van den 19 April 1839 en den 5 November 1842, betreffende het loodswezen en het gemeenschappelijk toezicht.

behoeft de Hoge Raad in deze periode nog niet te beantwoorden. Het Gerechtshof 's-Gravenhage geeft wel duidelijk antwoord op deze vraag. Het hof oordeelt dat jongere nationale bepalingen van wetten in formele zin niet de rechtsgeldigheid aan oudere verdragen kunnen ontnemen.

3.3 De periode 1919 – 1952

In 1919 wordt bij de strafkamer van de Hoge Raad cassatieberoep ingesteld tegen een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Dit cassatieberoep stelt de Hoge Raad voor de eerste keer voor de vraag of een jongere formeelwettelijke bepaling verenigbaar is met een oudere verdragsbepaling.

Een boer tekent beroep in cassatie aan tegen de veroordeling tot betaling van een geldboete van vijf gulden met vervangende hechtenis van tien dagen. Hij heeft in maart 1918, tijdens de Eerste Wereldoorlog, in het Limburgse Bergen een zak rogge van bijna 50 kilo richting Duitsland vervoerd. Hij heeft dit gedaan zonder in het bezit te zijn van de juiste uit- of doorvoerdocumenten. Daarom is hij, kort samengevat, veroordeeld wegens smokkelen. De veroordeling berust op artikelen van wetten uit 1914 en 1915 en daarop gebaseerde Koninklijke Besluiten uit 1914 en 1916. De boer verdedigt zich met een beroep op het Grenstractaat van Aken van 1816, omdat zijn akkers gedeeltelijk in Nederland en gedeeltelijk in Duitsland liggen; hij is een zogenaamde gemengde eigenaar. Dit gemengd eigenaarschap is ontstaan door de nieuwe indeling van Europa bij het Congres van Wenen na de overwinning op Napoleon. Het Grenstractaat van Aken, een overeenkomst tussen Nederland en Pruisen, had tot doel de nadelen weg te nemen, die voor individuele burgers door de verandering van de landsgrenzen waren ontstaan. De boer beroept zich op artikel 33 van genoemd verdrag dat bepaalt dat “landbouwers wier eigendommen gedeeltelijk aan deze en gedeeltelijk aan gene zijde der grenzen gelegen zijn, stalmest enz. en alle soorten van ingezamelde oogst,

Artikel 94 Grondwet toegepast

zullen kunnen in- en uitvoeren zonder aan eenig regt, hetzij van in-, uit- of doorvoer of ander van dien aard onderhevig te zijn”.¹⁵

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft het beroep van de boer verworpen, omdat genoemd artikel volgens het hof slechts beoogde de fiscale nadelen van het gemengd eigenaarschap weg te nemen, maar geen recht gaf op de onbelemmerde in- en uitvoer van goederen. Volgens de Hoge Raad is het artikel:

... overeenkomstig zijne wordingsgeschiedenis, zijn doel en strekking in dien geest te verstaan dat daarbij voor die gemengde eigenaren werden weggenomen de nadeelen, die zij in hun bedrijf zouden kunnen lijden tengevolge van de omstandigheid, dat hunne eigendommen door de landsgrens werden doorsneden en van elkaar gescheiden.¹⁶

Het tractaat dat in 1816 op grondwettige wijze is tot stand gekomen en bekrachtigd, heeft, aldus de Hoge Raad, “dubbele werking”. Dit houdt in dat Nederland niet alleen tegenover de overige verdragspartijen is gebonden, maar ook tegenover de onderdanen aan wie het verdrag rechten toekent:

O. dat dit bijzonder recht bij voormeld tractaat van Aken gegeven aan de personen wier eigendommen werden doorsneden door de bij gemeld tractaat vastgestelde grenzen, hun door de Wet van 3 Augustus 1914 niet is ontnomen, daar deze wet hieromtrent geene bepalingen inhoudt en het bijzonder recht bij voormeld tractaat aan die grensbewoners gegeven, naast het algemeen verbod van uit- en vervoer bestaanbaar is, terwijl voorzeker niet – tenzij de tekst der wet daartoe dwingt – mag worden aangenomen, dat de Nederlandsche wetgever in eenige Wet eenzijdig en eigenmachtig zou zijn afgeweken van hetgeen bij bekrachtigd traktaat met een vreemde mogendheid is overeengekomen;¹⁷

De Hoge Raad onderbouwt zijn motivering met twee argumenten. Hij past de regel *lex specialis derogat legi generali* toe. Het verdrag heeft aan een bepaalde groep grensbewoners, de gemengde eigenaren, een bijzonder

¹⁵ HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 371 r.k.

¹⁶ HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 374 l.k.

¹⁷ HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 374 r.k.

recht toegekend, terwijl in de wet van 1914 een algemene verbodsbepaling is opgenomen. Daarnaast gaat de Hoge Raad uit van wat ik in het vervolg zal noemen *de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving*. De presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving houdt in dat niet mag worden aangenomen dat de Nederlandse wetgever bij het vaststellen van wetten heeft willen afwijken van de afspraken, die hij eerder via een verdrag met andere verdragspartijen heeft gemaakt. Deze presumptie is niet absoluut. De Hoge Raad formuleert in deze uitspraak één mogelijk voorbehoud op de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving, namelijk de tekst van de wet. Als de tekst van de wet geen andere mogelijkheid laat en derhalve dwingt tot het maken van een inbreuk op de verdragsverplichtingen, dan mag de rechter niet langer uitgaan van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. Aangezien deze uitzondering in casu niet door de wetgever is gemaakt, kunnen het algemeen verbod in de wet uit 1914 en het speciale recht in het Grenstractaat naast elkaar bestaan.

Zo'n vijftien jaar later, op 17 december 1934, oordeelt de Hoge Raad in twee vrijwel identieke zaken opnieuw over de vraag of jongere wetsartikelen en oudere verdragsbepalingen naast elkaar kunnen bestaan.¹⁸ Het betreft in beide zaken de vraag of de bepalingen van de wet van 5 mei 1933 over de verdeling van de vracht in de binnenscheepvaart verenigbaar zijn met de bepalingen van de Herzene Rijnvaartacte van 1869. De wet had tot doel een evenredige vrachtverdeling te bevorderen en belemmerde daardoor tot op zekere hoogte de vrije vaart op de Nederlandse rivieren. Het verdrag had daarentegen tot doel de vrije vaart op de Rijn tot aan de zee te verzekeren.

In beide zaken is een schipper vervolgd voor het inladen van goederen om deze binnen Nederland te vervoeren. De vraag is in hoeverre dit inladen strafbaar was, omdat beide schippers hiertoe geen toestemming hadden op grond van de nationale formeelwettelijke bepalingen. De overwegingen van de Hoge Raad in de beide uitspraken zijn nagenoeg gelijk:

¹⁸ HR 17 december 1934, *NJ* 1935, p. 5 en 11, m.nt. B.M. Taverne.

Artikel 94 Grondwet toegepast

... dat de wet zelve nergens de bij de herziene acte erkende vrije vaart terzijde stelt of beperkt [...];
dat voorts ook bij eerbiediging van de bovenomschreven uit de herziene akte voortvloeiende rechten, de wet van 5 Mei 1933, S. 251, een gebied zal hebben, waarop zij hare werking kan ontplooiën;
dat eindelijk uit de geschiedenis van de wet blijkt, dat het steeds de bedoeling is geweest de herziene acte omtrent de Rijnvaart buiten de werking der wet van 1933 te houden en verscheidene uitingen van den toenmaligen Minister (lees: Minister) van Economische Zaken hiervan getuigen;¹⁹

Deze overwegingen van de Hoge Raad hebben tot gevolg dat het werkingsgebied van de wet wordt beperkt tot die wateren waarop de Rijnvaartacte niet van toepassing is. Omdat de Rijnvaartacte niet alleen van toepassing is op de Rijn en zijn uitmondingen, maar ook op grote delen van de Lek, de Waal, de Nieuwe Maas en een aantal binnenwateren heeft deze uitleg tot gevolg dat het werkingsgebied van de wet, in de woorden van annotator Taverne,²⁰ “vrijwel wordt lamgelegd”.²¹ Ook bij deze beslissingen gaat de Hoge Raad uit van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving en komt hij tot dezelfde conclusie als in 1919. De tekst van de jongere wet dwingt niet tot afwijken van de oudere verdragsbepalingen. Nieuw in deze arresten is dat de Hoge Raad – naast de tekst van de wet – een tweede mogelijk voorbehoud formuleert op de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving, namelijk de wetsgeschiedenis. Aangezien beide voorbehouden in casu niet dwingen tot het verlaten van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving kunnen de bepalingen van het verdrag en de wet, aldus de Hoge Raad, naast elkaar bestaan.

Weer ruim vijftien jaar later, in 1951, staat de Hoge Raad opnieuw voor de vraag naar de verenigbaarheid van nationale formeelwettelijke bepalingen

¹⁹ HR 17 december 1934, *NJ* 1935, p. 5 en 11, m.nt. B.M. Taverne, p. 11.

²⁰ Taverne is niet alleen de annotator, maar is ook een van de raadsheren van de strafkamer die dit arrest heeft gewezen. Hij annoteerde regelmatig uitspraken waarbij hij ook als raadsheer betrokken was geweest.

²¹ HR 17 december 1934, *NJ* 1935, p. 5 en 11, m.nt. B.M. Taverne, p. 15 l.k.

met verdragsbepalingen. De aanleiding voor dit geschil is het door gedaagde, een petroleummaatschappij, in Nederland verhuren van een schip dat volgens het langsspantensysteem is gebouwd. Eiser is houder van het Nederlandse octrooi op dit bijzondere scheepsbouwsysteem. Gedaagde maakt, aldus eiser, door het gebruiken en verhuren van het schip inbreuk op zijn octrooi. Eiser meent namelijk dat de Noodwet Industriëlen Eigendom 1947 deze inbreuk slechts tot 1 juli 1947 legaliseert. Daarom stelt hij dat hij na deze datum recht heeft op schadevergoeding wegens octrooi-schendend handelen. De Schikking van Neuchâtel die na genoemde datum het octrooi-schendend handelen zou legaliseren, is volgens eiser niet van toepassing of prevaleert in ieder geval niet boven de Noodwet, omdat het in casu een zuiver Nederlandse aangelegenheid betreft, namelijk de verhuur van een Nederlands schip in Nederland. De Hoge Raad overweegt dat deze zienswijze van eiser slechts hout snijdt als de Noodwet en de Schikking elkaar niet dekken. Bij het onderzoek naar het al dan niet samengaan van beide regelingen vormt, evenals in de hierboven besproken uitspraken, de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving het uitgangspunt van redeneren:

... dat niet blijkt, dat de Nederlandse wetgever, de Noodwet Industriëlen Eigendom 1947 gevende, een van de Schikking van Neuchâtel afwijkend standpunt heeft willen innemen, integendeel, ook waar het de voormelde Slotprotocollen betreft, blijkt heeft gegeven de Schikking getrouwelijk te hebben willen volgen; [...]

dat veeleer aannemelijk is, dat de Nederlandse wetgever, in stede van te willen afwijken van de voorzegde strekking van de Slotprotocollen, deze strekking juist beter tot haar recht heeft willen doen komen; [...]

dat derhalve niet is aan te nemen dat de inhoud van art. I van het Slotprotocol en het Additioneel Slotprotocol enerzijds, en anderzijds art. 8 der Noodwet elkaar niet dekken;²²

Dit betekent dat beide regelingen ook na 30 juni 1947 de inbreuk op het octrooi van eiser legaliseren. Bij deze uitspraak moet wel worden opgemerkt dat de Schikking van Neuchâtel enige tijd later in werking is getre-

²² HR 5 januari 1951, *NJ* 1951, 69, p. 143 r.k.-144 l.k.

Artikel 94 Grondwet toegepast

den dan de Noodwet Industriëlen Eigendom 1947.²³ De tekst van de schikking en de daarbij behorende protocollen was echter al enige maanden eerder goedgekeurd, waardoor de Nederlandse wetgever bij het maken van de Noodwet rekening kon houden en ook heeft gehouden met de inhoud van de schikking. Zuiver gezien gaat het hier dus niet om de verenigbaarheid van een jongere wet met een ouder verdrag, maar om de verenigbaarheid van een oudere wetsbepaling met een jonger verdrag. De vraag of een ouder wetsartikel zijn rechtskracht kan verliezen als gevolg van een jonger verdrag heeft de Hoge Raad in 1908 al expliciet bevestigend beantwoord.²⁴ De Hoge Raad gaat echter opnieuw uit van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving door aan te nemen dat de bepaling van het verdrag en de bepaling van de Noodwet niet met elkaar in strijd zijn.

In de vier in deze paragraaf besproken uitspraken kiest de Hoge Raad steeds dezelfde interpretatiestrategie. In de motivering van de besproken beslissingen expliciteert hij dat de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving het uitgangspunt is.

In het arrest Stop te Lobith uit 1952 bouwt de Hoge Raad zijn motivering anders op, maar concludeert hij wel dat de wettelijke bepaling of zoals in casu de bepaling van een besluit uit de bezettingstijd²⁵ niet onverenigbaar is met de oudere internationale regeling:²⁶

... dat mitsdien het aan de regeling ten grondslag liggende Besluit op zichzelf niet met de herziene Rijnvaartacte onverenigbaar is en een conflict tussen het Besluit en het tractaat zich te dezen niet voordoet;²⁷

Door dit negatieve antwoord op de vraag naar de onverenigbaarheid van het besluit met het verdrag kan, aldus de Hoge Raad:

²³ Hof 's-Gravenhage 12 april 1950, *NJ* 1951, 105, p. 205 l.k.

²⁴ Zie par. 3.2.

²⁵ Artikel 1 lid 1 Besluit van den Secretaris-Generaal van het Departement van Waterstaat van 15 November 1940 betreffende de internationale binnenvaart. Een besluit uit de bezettingstijd was gelijkgesteld met een formele wet.

²⁶ Herziene Rijnvaartacte 1869.

²⁷ HR 25 januari 1952, *NJ* 1952, 125, p. 294 r.k.

... de door den Staat opgeworpen vraag, of de rechter een latere wet aan een vroeger tractaat mag toetsen, buiten beschouwing blijven;²⁸

Aansluitend volgt de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de nadere uitwerking van het besluit in de lagere regelgeving, een ministeriële beschikking, in strijd is met het verdrag. Het hof heeft de bepaling van de ministeriële beschikking derhalve terecht onverbindend geacht. De Hoge Raad laat geen twijfel bestaan over de vraag of de jongere lagere regelgeving mag worden getoetst aan een ouder verdrag. De vraag of ook jongere formeelwettelijke bepalingen mogen worden getoetst aan een ouder verdrag, hoeft de Hoge Raad vooralsnog niet te beantwoorden. Hij komt aan deze vraag niet toe door in zijn motivering meer of minder expliciet de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving als uitgangspunt te nemen. Uit de tekst van het besluit blijkt niet dat de wetgever aan de minister ruimte heeft willen laten om voorschriften te geven die afwijken van de verdragsbepalingen. Daarom gaat de Hoge Raad ervan uit dat het besluit alleen ruimte laat voor voorschriften die niet in strijd zijn met het verdrag. Dit heeft tot gevolg dat het besluit niet onverenigbaar is met het verdrag.

De Hoge Raad gaat niet over tot het toetsen van de wet aan het verdrag, maar volgt de wetgever. Als de wetgever niet expliciet duidelijk heeft gemaakt dat hij met de wet heeft willen afwijken van het verdrag, dan neemt de Hoge Raad aan dat de beide regelingen verenigbaar zijn. De wet wordt dan zo uitgelegd dat geen sprake is van onverenigbaarheid, zelfs als dit tot gevolg heeft dat aan de wet vrijwel alle werking wordt onzegd, zoals in de uitspraken van 17 december 1934, *NJ* 1935, p. 5 en 11.

De Hoge Raad behandelt in de periode 1919 – 1952 de cassatieberoepen waarin de vraag naar de verenigbaarheid van een jongere wetsbepaling met een ouder verdragsartikel aan de orde komt, consequent op dezelfde wijze. De Hoge Raad gaat uit van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. Omdat de wetgever geen enkele maal expliciet heeft aangegeven dat hij met de wet heeft willen afwijken van het verdrag, hoeft de

²⁸ HR 25 januari 1952, *NJ* 1952, 125, p. 294 l.k.

Artikel 94 Grondwet toegepast

presumptie niet te worden verlaten en mag worden uitgegaan van de verenigbaarheid van beide regelingen. Deze consistente lijn van redeneren en motiveren heeft de Hoge Raad vóór 1952 slechts één keer verlaten, en wel tijdens de Tweede Wereldoorlog in het Toetsingsarrest.²⁹

Een Voorburgse vishandelaar is zowel in eerste aanleg als in hoger beroep veroordeeld door de economische rechter voor het kopen van vlees zonder de in de Tweede Wereldoorlog verplichte distributiebonnen. Hij vecht deze veroordeling in cassatie aan met de stelling dat de uitspraken van de economische rechter onrechtmatig zijn. Hij betoogt dat de verordening uit 1941³⁰ die de juridische basis vormt voor de instelling van de economische rechter, in strijd is met artikel 43 van het Landoorlogreglement 1907, een verdragsbepaling.³¹ Hij is daarom van mening dat de economische rechter onbevoegd was.³² Artikel 43 van het Landoorlogreglement beschrijft dat een bezetter al het mogelijke doet om de openbare orde en het openbare leven in een bezet land te herstellen en te waarborgen. De bezetter dient daarbij het geldende recht, “behoudens volstrekte verhindering” te respecteren.³³

²⁹ HR 12 januari 1942, *NJ* 1942, 271.

³⁰ De Hoge Raad had ten tijde van het wijzen van dit arrest al meerdere malen geoordeeld dat lagere regelgeving “geen toepassing kon vinden” of “buiten werking getreden was”, omdat de lagere regelgeving niet in overeenstemming was met door de bezetter uitgevaardigde verordeningen, waarmee impliciet de rechtsgeldigheid van deze verordeningen van de bezetter is gegeven, HR 19 mei 1941, *NJ* 1941, 882, m.nt. W.P.J. Pompe en HR 23 juni 1941, *NJ* 1941, 845, m.nt. B.M. Taverne.

³¹ Verdrag inzake de wetten en gewoonten betreffende landoorlog van 18 oktober 1907. Dit verdrag wordt ook wel de 4^e Conventie van de Haagse Vredesconferentie van 1907 genoemd. Het verdrag werd van kracht in 1910.

³² Voor een uitgebreidere bespreking van de feiten en andere literatuur over dit veelbesproken arrest verwijs ik naar Venema, De Groot-van Leeuwen & Mertens 2008. Zij geven een overzicht van de vele literatuur die over het Toetsingsarrest is verschenen; zie ook Jansen & Venema 2011.

³³ Artikel 43 van het Landoorlogreglement luidde: Wanneer het gezag van de wettelijke overheid feitelijk is overgegaan in de handen van dengene, die het gebied heeft bezet, neemt deze alle maatregelen, die in zijn vermogen staan, teneinde voor zooveel mogelijk de openbare orde en het openbare leven te herstellen en te verzekeren en zulks, behoudens volstrekte verhindering met eerbiediging van de in het land geldende wetten.

Advocaat-generaal Rombach concludeert dat de Hoge Raad de door eiser opgeworpen toetsingsvraag onbeantwoord kan laten, omdat het bestaande recht niet daadwerkelijk is geschonden. De Nederlandse wetgever zou vanwege de zware economische crisis dezelfde maatregelen met betrekking tot de economische rechtspraak hebben getroffen.³⁴

De Hoge Raad oordeelt anders en stelt het toetsingsprobleem in een zeer karig gemotiveerd arrest expliciet aan de orde. Hij concludeert eerst dat de door eiser bestreden verordening:

... als een door de bezettende macht genomen maatregel van wetgevend aard is te beschouwen en aan een zoodanig kracht van wet hebbend voorschrift onder de huidige omstandigheden het karakter van wet in den zin der Nederlandsche wetgeving niet kan worden ontzegd;³⁵

Vanuit het perspectief van de verhouding tussen een wet en een verdrag is er dan sprake van een jongere wet ten opzichte van het oudere Landoorlogreglement.³⁶ Het lijkt met het oog op de bestaande jurisprudentie voor de hand liggend dat de Hoge Raad zijn redenering zou hebben vervolgd vanuit de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. De Hoge Raad slaat echter een andere weg in en oordeelt:

dat echter de Nederlandsche rechter de innerlijke waarde of billijkheid eener wet niet mag beoordeelen en een wet niet mag toetsen aan een verdrag, zooals dat waarvan het Landoorlogreglement 1907 deel uitmaakt, en evenmin aan een voorschrift als het hiervoren genoemde Decreet van den Führer;

dat voorts noch de geschiedenis, noch de woorden van artikel 43 van het meergenoemde Landoorlogreglement eenigen grond opleveren om aan te nemen, dat bij de vaststelling de bedoeling is geweest, om aan de overeenkomstig de strekking van dat artikel in een bezet gebied in functie gebleven rechterlijke macht, de bevoegdheid te verleenen om maatregelen door den bezetter ter behartiging van de in dat artikel genoemde belangen genomen,

³⁴ HR 12 januari 1942, *NJ* 1942, 271, p. 366 r.k.; Jansen & Venema 2011, p. 122.

³⁵ HR 12 januari 1942, *NJ* 1942, 271, p. 367 l.k.

³⁶ Jansen & Venema 2011, p. 128.

Artikel 94 Grondwet toegepast

te toetsen aan den eisch, dat daarbij, behoudens volstrekte verhinderings in het land geldende wetten worden geëerbiedigd;³⁷

De Hoge Raad oordeelt dat hij niet bevoegd is de wet te toetsen aan het verdrag. Als redenen voor dit verbod voert hij aan dat noch uit de tekst of geschiedenis van artikel 43 van het Landoorlogreglement, noch uit de Nederlandse parlementaire geschiedenis over het Landoorlogreglement blijkt, dat aan de rechter een toetsingsbevoegdheid is verleend.³⁸

De marginale motivering van de Hoge Raad maakt het bijzonder lastig, of wellicht zelfs onmogelijk, om te achterhalen, waarom de Hoge Raad niet is uitgegaan van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving.³⁹ De vele literatuur, waaronder betrekkelijk recent nog twee dissertaties⁴⁰ waarin het arrest verschillend wordt beoordeeld,⁴¹ en nog zeer onlangs de studie naar de opstelling van de Hoge Raad tijdens de Tweede Wereldoorlog, waarin het Toetsingsarrest uitgebreid wordt belicht,⁴² laten zien dat het Toetsingsarrest nog steeds pennen in beweging brengt. Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om alle meningen en standpunten over het Toetsingsarrest te bespreken, maar de conclusie dat van de Hoge Raad in deze turbulente periode een salomonsoordeel werd gevraagd, lijkt gerechtvaardigd. Het antwoord op de vraag of de Hoge Raad hierin is geslaagd, laat ik in het midden.⁴³ De toenmalige huidige omstandigheden

³⁷ HR 12 januari 1942, *NJ* 1942, 271, p. 367 r.k.

³⁸ Jansen & Venema 2011, p. 129; Mazel 1984, p. 85; zie ook Duynstee 1954, p. 15.

³⁹ Venema, De Groot-van Leeuwen & Mertens, 2008, p. 5.

⁴⁰ Michielsens 2004; Venema 2007.

⁴¹ Venema, De Groot-van Leeuwen & Mertens, 2008, p. 2.

⁴² Jansen & Venema 2011, p. 121-134.

⁴³ Corstens laat zich in zijn toespraak van 17 november 2011 'De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog' tijdens de presentatie van het boek met dezelfde titel in niet mis te verstane woorden uit over het Toetsingsarrest: "Een ander dieptepunt was het Toetsingsarrest, waarin door de Hoge Raad aan de regelgeving van de bezetter geen strobreed in de weg werd gelegd."

Ook mr. Ras, een van de voormalig presidenten van de Hoge Raad, is in het interview dat hij gaf ter gelegenheid van het 150-jarig bestaan van de Hoge Raad en dat Corstens citeert in zijn toespraak, glashelder in zijn oordeel over het Toetsingsarrest: "En ten slotte, wat de deur dicht heeft gedaan voor velen in het begin van 1942, heeft de strafkamer van de HR een arrest gewezen dat heel in het kort erop neer komt dat de wetgevende maatregelen van de bezetter kracht hebben van wet in

waren echter wel zo uitzonderlijk, dat het mijns inziens goed verdedigbaar is om in het kader van dit onderzoek te concluderen dat de beslissing van de Hoge Raad van 12 januari 1942, *NJ* 1942, 271, de spreekwoordelijke uitzondering is op de regel van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving.

Ondanks de consequente jurisprudentie van de Hoge Raad over de verenigbaarheid van een jongere wet met een ouder verdrag, met het Toetsingsarrest als enige uitzondering, bestaat er in de periode 1919 – 1952 in de rechtspraak geen eenduidige lijn in de invulling van de bevoegdheid van de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van een jongere wet met een ouder verdrag. Dit is een gevolg van de uitspraken van de bijzondere gerechtshoven en de Bijzondere Raad van Cassatie.⁴⁴ De Nederlandse regering had deze rechtscolleges geïnstalleerd, omdat zij ernaar streefde oorlogsmisdrijven snel te laten berechten.⁴⁵ Het Bijzonder Gerechtshof Amsterdam komt op grond van een extensieve interpretatie van het grondwettelijk toetsingsverbod⁴⁶ tot het oordeel, dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is om Nederlands recht dat hij in strijd acht met een regel van het hogere volkenrecht, buiten toepassing te laten.⁴⁷ De rechter is gebonden aan het oordeel van de wetgever:

... die, door de Wet in het leven te roepen, daarmee implicite, of wellicht zelf (lees: zelfs) explicite, heeft uitgesproken de wet niet in strijd te achten met het Volkenrecht, waarmee, wat de interne Nederlandse rechtsver-

de zin van de Nederlandse wetgeving en dat de Nederlandse rechter die wetgevende maatregelen niet mag toetsen aan het volkenrecht in het bijzonder niet aan het Landoorlogreglement. Dat was natuurlijk een afschuwelijke uitspraak, want het betekende dat de rechterlijke macht eigenlijk het consigne kreeg: 'hands off van de bezettingswetgeving'.", www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/default.aspx, onder het kopje 'Toespraken'.

⁴⁴ De bijzondere gerechtshoven waren gevestigd in alle hofressorten: Amsterdam, Arnhem, 's-Gravenhage, 's-Hertogenbosch en Leeuwarden. De Bijzondere Raad van Cassatie zetelde in 's-Gravenhage.

⁴⁵ Körver 2004, p. 155.

⁴⁶ Artikel 124 lid 2 Grondwet (1938): De wetten zijn onschendbaar.

⁴⁷ Bijzonder Gerechtshof Amsterdam 24 december 1949, *NJ* 1950, 682, p. 1211 r.k.-1212 l.k.

Artikel 94 Grondwet toegepast

houdingen betreft, is komen vast te staan, dat de wet niet in strijd met het volkenrecht is;⁴⁸

De Bijzondere Raad van Cassatie neemt een half jaar later bij het cassatieberoep tegen het arrest van het bijzonder gerechtshof een tegenovergestelde positie in ten aanzien van de bevoegdheid van de rechter om een jongere wet te toetsen aan een ouder verdrag:

dat immers genoemde kamer van het Hof ten onrechte aanneemt, dat, indien de artt. 4 en 27a B.B.S., in onderling verband beschouwd, met het volkenrecht in strijd waren, de Nederlandse rechter die artikelen niettemin zou moeten toepassen; [...]

dat het in dezen dan ook niet gaat om de vraag, of alleen de wetgever – en niet (ook) de rechter – bevoegd is, een voor Nederland geldend verdrag te interpreteren, maar om de vraag, aan welke van beide bindende regelingen de rechter den voorrang moet geven, indien het geval zich voordoet, dat een nationale rechtsnorm in strijd komt met een in internationale samenwerking met andere staten tot stand gekomen norm, in het bijzonder wanneer de wet van lateren datum is dan het verdrag;

dat immers in zulk een geval de rechter zich geplaatst ziet tegenover twee rechtsregelingen, welker onderlinge conflict niet kan worden opgelost met toepassing van den voor normen van gelijken rang in de rechtsorde in het algemeen geldenden natuurlijke regel, dat de latere norm de vroegere verdringt, maar alleen op den grondslag van het beginsel, dat aan het verdrag, als norm van hogeren rang, immers de soevereine bevoegdheid der nationale wetgevers zelf rechtens aan banden leggenden regel, voorrang toekomt boven de zuiver nationale norm, – welke uit den aard der rechterlijke werkzaamheid zelve voortvloeiende taak van toetsing den rechter alleen dan ontzegd geacht zou moeten worden, indien dit hem bepaaldelijk verboden ware, hetgeen niet het geval is;⁴⁹

De Bijzondere Raad van Cassatie laat er geen onduidelijkheid over bestaan. De rechter is naast de wetgever bevoegd om de verenigbaarheid van jongere formeelwettelijke bepalingen met oudere verdragsbepalingen te beoordelen. Bij strijdigheid tussen beide bepalingen prevaleert de oudere

⁴⁸ Bijzonder Gerechtshof Amsterdam 24 december 1949, *NJ* 1950, 682, p. 1212 l.k.

⁴⁹ Bijzondere Raad van Cassatie 15 mei 1950, *NJ* 1950, 504, p. 838 r.k.-839 l.k.

verdragsbepaling. Overigens komt ook de Bijzondere Raad, evenals het bijzonder gerechtshof, tot de conclusie dat er in casu geen sprake is van met elkaar strijdige bepalingen.⁵⁰

De Bijzondere Raad van Cassatie had al eerder, dus al voor de uitspraak van het Bijzonder Gerechtshof Amsterdam, hetzelfde standpunt ingenomen over de rechtskracht en de status van een jongere wet in relatie tot een ouder verdrag.⁵¹ Waarom het Bijzonder Gerechtshof Amsterdam de lijn van de Bijzondere Raad van Cassatie niet volgt, kan uit de motivering van het Amsterdamse bijzonder gerechtshof niet worden opgemaakt.

Afronding

Deze periode overziend mag worden opgemerkt dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie een consistente lijn volgt bij het beantwoorden van de vraag naar de verenigbaarheid van een jongere wet met een ouder verdrag. De Hoge Raad kiest de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving als uitgangspunt. Dit houdt in dat de Hoge Raad aanneemt, dat de wetgever bij het vaststellen van wetten niet heeft willen afwijken van reeds gesloten verdragen, tenzij de wetgever zelf aangeeft, via de tekst van de wet of de wetsgeschiedenis, dat hij wel heeft beoogd af te wijken van een verdrag. De Hoge Raad concludeert in deze periode geen enkele keer dat de formele wetgever expliciet heeft willen afwijken van een verdrag. Daarom hoeft de Hoge Raad de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving in deze periode niet te verlaten en komt hij steeds tot het oordeel dat de jongere nationale bepaling verenigbaar is met de oudere verdragsbepaling.

Het Toetsingsarrest uit 1942 dat de Hoge Raad wijst in een zeer bijzondere periode en onder zeer bijzondere omstandigheden, vormt de spreekwoordelijke uitzondering op de regel om de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving als uitgangspunt voor de motivering te nemen.

⁵⁰ Bijzondere Raad van Cassatie 15 mei 1950, *NJ* 1950, 504, p. 839 l.k.

⁵¹ Bijzondere Raad van Cassatie 12 januari 1949, *NJ* 1949, 87.

Artikel 94 Grondwet toegepast

De eenheid in de rechtspraak die door de consistente rechtspraak van de Hoge Raad normaal gesproken zou zijn ontstaan, wordt na de Tweede Wereldoorlog doorbroken door de afwijkende standpunten van de speciale rechtscolleges die zijn ingesteld om oorlogsmisdrijven te berechten. De Hoge Raad laat door de keuze voor de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving het oordeel of jongere nationale formeelwettelijke bepalingen verenigbaar zijn met oudere verdragen vrijwel volledig aan de wetgever. De rol van de rechter bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht blijft door de keuze voor de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving vrijwel nihil. Ook omdat de Hoge Raad de door hem zelf geformuleerde voorbehouden op de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving restrictief uitlegt.

3.4 De periode 1953 – 1959

Het opnemen van het toetsingsartikel in de Grondwet van 1953 markeert het begin van de periode 1953 – 1959. Met het in de Grondwet opnemen van dit artikel kent de grondwetgever aan de rechter de bevoegdheid toe om alle nationale bepalingen te toetsen aan verdragen. Niet alleen de verenigbaarheid van oudere wettelijke bepalingen met jongere verdragsbepalingen mag worden beoordeeld. Ook de bevoegdheid van de rechter om te oordelen over de verenigbaarheid van de toepassing van jongere wettelijke bepalingen met oudere verdragen is nu gecodificeerd. In deze paragraaf zal worden onderzocht welke invloed de grondwettelijke toekenning van de bevoegdheid om nationale bepalingen te toetsen aan verdragen heeft op de jurisprudentie in de periode 1953 – 1959. Verlaat de Hoge Raad het uitgangspunt van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving nu de Grondwet expliciet de bevoegdheid aan hem toekent om jongere wettelijke bepalingen te toetsen aan oudere verdragsbepalingen?

3.4.1 De eerste uitspraak na de inwerkingtreding van het toetsingsartikel

De Rechtbank Rotterdam doet zo'n twee jaar na de grondwetswijziging van 1953 een uitspraak waarin zij oordeelt dat het geschil valt onder de reikwijdte van het toetsingsartikel. Dit is, voor zover bekend, de eerste uitspraak waarin het toetsingsartikel wordt toegepast.⁵² Uiteindelijk spreken drie rechterlijke instanties zich uit over dit geschil. Na de Rechtbank Rotterdam, buigt het Gerechtshof 's-Gravenhage zich over de zaak en ten slotte oordeelt de Hoge Raad in cassatie over het geschil.

De feitelijke aanleiding voor het conflict is betrekkelijk eenvoudig. Het Nederlandse stoomschip Salland en het Deense motorschip Herdis zijn in januari 1951 in de haven van Montevideo in Uruguay met elkaar in botsing gekomen. Ruim twee jaar later, in augustus 1953, als het Deense schip voor het eerst na de aanvaring in een Nederlandse haven afmeert, legt de Nederlandse reder conservatoir beslag op het Deense schip. Aansluitend dagvaardt de Nederlandse reder de Deense eigenaar van de Herdis en vordert vergoeding van de schade die bij de aanvaring aan de Salland is ontstaan, omdat het Deense schip de aanvaring heeft veroorzaakt. De feiten worden tijdens de procedure niet door partijen betwist. De zaak dient voor de Rotterdamse rechtbank, omdat dit de forumkeuze van beide partijen is. Het Brussels Aanvaringsverdrag 1910 is van toepassing.⁵³

Bij de rechtbank stelt gedaagde, de Deense reder, dat de vordering is verjaard, omdat in artikel 7, eerste lid, van het Aanvaringsverdrag is gecodificeerd dat:

... de rechtsovereenkomsten tot schadevergoeding, die voortvloeien uit een door dit Verdrag beheerste aanvaring, verjaren door verloop van twee jaren sinds het tijdstip, waarop de aanvaring plaats vond;⁵⁴

⁵² Fleuren 2004, p. 240.

⁵³ Verdrag tot het vaststellen van enige eenvormige regelen betreffende aanvaring, Brussel 23 september 1910, *Stb.* 1913, 74 en *Trb.* 1953, 124. Dit verdrag is goedgekeurd bij de wet van 11 januari 1913, *Stb.* 1913, 26.

⁵⁴ Rb. Rotterdam 24 juni 1955, *NJ* 1955, 713, p. 1290 l.k. De originele tekst van artikel 7 lid 1 Aanvaringsverdrag luidt: Les actions en réparation de dommages se prescrivent par deux ans à partir de l'événement.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Echter, het vierde lid van artikel 7 van het Aanvaringsverdrag geeft aan de verdragsstaten de bevoegdheid om in nationale regelgeving verlengingsgronden te codificeren voor de verjaringstermijnen van het eerste en tweede lid. De Nederlandse wetgever heeft van deze bevoegdheid gebruikgemaakt in artikel 742 van het Wetboek van Koophandel. In de eerste twee leden van dit artikel is onder andere de algemene regel voor de verjaring van schadevorderingen van artikel 7, eerste lid, van het Aanvaringsverdrag terug te vinden. Het derde lid van artikel 742 van het Wetboek van Koophandel codificeert dat de aanvang van de verjaring wordt opgeschort tot de gelegenheid bestaat om tot zekerheid van een vordering beslag te leggen op het schip binnen Nederland, als de schuldeiser in Nederland woont of de hoofdzetel van zijn bedrijf in Nederland is gevestigd.⁵⁵ Op grond van deze bepaling stelt eiser, de Nederlandse reder, dat zijn rechtsovereenkomst niet is verjaard, omdat het Deense schip sinds de aanvaring nog niet in Nederland is geweest. Het was daarom niet mogelijk om eerder beslag te leggen op het schip.⁵⁶ De rechtbank volgt het betoog van de eisende partij niet, omdat in de authentieke Franse tekst in artikel 7, vierde lid, van het Aanvaringsverdrag niet wordt gesproken over de bevoegdheid om verjaringstermijnen 'op te schorten', maar over de bevoegdheid om verjaringstermijnen te 'verlengen'.⁵⁷ De Rotterdamse rechtbank overweegt:

... dat art. 7 lid 4 van het Aanvaringsverdrag aan de Verdragsluitende partijen niet toestaat om aan het in die bepaling genoemde feit in haar wetgevingen het karakter van een oorzaak, die de verjaring opschort, toe te kennen, doch uitsluitend om aan dat feit in haar wetgevingen het karakter te verlenen van een oorzaak, die de in lid 1 van art. 7 omschreven verjaringstermijn verlengt;

⁵⁵ Fleuren 2004, p. 241.

⁵⁶ Rb. Rotterdam 24 juni 1955, *NJ* 1955, 713, p. 1289 r.k.

⁵⁷ In de authentieke Franse tekst staat 'proroger' (verlengen) en niet 'suspendre' (opschorten).

Aansluitend oordeelt de rechtbank:

... dat de Nederlandse Wetgever met de in het laatste lid van art. 742 K. neergelegde bepaling weliswaar kennelijk heeft bedoeld gebruik te maken van de bevoegdheid, welke Nederland aan het vierde lid van art. 7 van het Aanvaringsverdrag kon ontlenen, doch dat die Wetgever – wjl hij ten aanzien van de schade-acties als in dat verdrag bedoeld naast de aldaar vermelde oorzaken van de schorsing der verjaring, welke, voor wat Nederland betreft zijn omschreven in de artt. 2023 tot en met 2029 B.W., een nieuwe oorzaak van schorsing in het leven heeft geroepen – op een hem niet vrijstaande wijze is afgeweken van het bepaalde bij het meergenoemde vierde lid van art. 7 van het Aanvaringsverdrag, zodat ingevolge art. 65 der Grondwet het gestelde in het laatste lid van art. 742 K. buiten toepassing dient te blijven.⁵⁸

Aan het begin van de geciteerde overweging kiest de rechtbank de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving als vertrekpunt. De zinsnede – dat de Nederlandse wetgever heeft bedoeld gebruik te maken van de bevoegdheid die hij aan het Aanvaringsverdrag kon ontlenen – sluit aan bij de formuleringen die de Hoge Raad gebruikte, als hij uitging van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving.⁵⁹ Echter, uit de tekst van de nationale bepaling blijkt dat de wetgever is afgeweken van de verdragsbepaling. Dit is een van de door de Hoge Raad geformuleerde voorbehouden op de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving.⁶⁰ De wetgever is niet bewust afgeweken van de verdragsbepaling. Dit is een gevolg van een foutieve vertaling van de authentieke Franse tekst van artikel 7 van het Aanvaringsverdrag. In de Nederlandse tekst van het Aanvaringsverdrag is in het vierde lid van artikel 7 ‘proroger’ vertaald

⁵⁸ Rb. Rotterdam 24 juni 1955, *NJ* 1955, 713, p. 1291 l.k.

⁵⁹ De rechtbank onderbouwt de overweging dat de Nederlandse wetgever het Aanvaringsverdrag heeft willen volgen, niet nader. De rechtbank baseert haar conclusie waarschijnlijk op de wetsgeschiedenis. In de memorie van toelichting bij artikel 742 lid 3 Wetboek van Koophandel staat: “aan het vierde lid van artikel 7 van het Aanvaringsverdrag [...] ligt dezelfde gedachtegang ten grondslag en aan het daar bepaalde sluit het hier voorgestelde zich aan”, *Kamerstukken II* 1919/20, 448, nr. 3, p. 84 r.k.

⁶⁰ HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 371; zie ook par. 3.3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

in ‘opschorten’ en niet in ‘verlengen’.⁶¹ De rechtbank verlaat daartoe gedwongen door de tekst van de wet de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. Aansluitend maakt de rechtbank gebruik van de bevoegdheid die haar door het toetsingsartikel, artikel 65 van de Grondwet van 1953, is toegekend. De jongere wetsbepaling wordt getoetst aan het oudere Aanvaringsverdrag en omdat de wetgever “op een hem niet vrijstaande wijze is afgeweken [...] van het Aanvaringsverdrag”, dient “het gestelde in het laatste lid van art. 742 K. buiten toepassing [...] te blijven”. Met de formulering – op een hem niet vrijstaande wijze is afgeweken van het Aanvaringsverdrag – zegt de rechter in andere woorden dat de wettelijke bepaling niet verenigbaar is met de verdragsbepaling. De rechtbank past het uitspraakgebod ‘vinden geen toepassing’ uit de tekst van het toetsingsartikel letterlijk toe door artikel 742, derde lid, van het Wetboek van Koophandel buiten toepassing te laten. In plaats van de niet toegepaste nationale bepaling, lijkt het voor de hand liggend de verdragsbepaling waaraan is getoetst, toe te passen. Dit biedt echter geen uitkomst, omdat artikel 7, vierde lid, van het Aanvaringsverdrag aan de nationale wetgever slechts de bevoegdheid verleent om via nationale bepalingen de verjaringstermijn te verlengen, maar zelf geen maximaal toegestane verlenging van de verjaringstermijn formuleert. De rechtbank oordeelt dat de verjaringstermijn twee jaar bedraagt. Hij komt tot dit oordeel door het overgebleven nationale recht en het eerste lid van de verdragsbepaling toe te passen. Dit betekent dat de vordering van eiser is verjaard, omdat er sinds de aanvaring meer dan twee jaar zijn verstreken. Gedaagde, de Deense eigenaar van de Herdis, wordt in het gelijk gesteld. De eisende partij, de Nederlandse reder, zal dus zelf moeten opdraaien voor de schade aan de Salland.

⁶¹ Bij de totstandkoming van het Aanvaringsverdrag is de keuze tussen ‘proroger’ (verlengen) en ‘suspendre’ (opschorten) in artikel 7 lid 4 expliciet besproken, omdat tijdens de onderhandelingen over het Aanvaringsverdrag tevergeefs is voorgesteld ‘proroger’ te vervangen door ‘suspendre’. De betekenis en de bedoeling van het artikel zijn daardoor uitgebreid beschreven in de travaux préparatoires, Rb. Rotterdam 24 juni 1955, NJ 1955, 713, p. 1290 r.k.-1291 l.k.

De in het ongelijk gestelde eiser, de Nederlandse reder, legt zich niet neer bij de uitspraak van de Rotterdamse rechtbank. Hij stelt hoger beroep in bij het Gerechtshof 's-Gravenhage. Voordat het arrest van de Haagse raadsheren in maart 1957 het licht ziet,⁶² vindt in 1956 een grondwetswijziging plaats. De rechterlijke toetsingsbevoegdheid die in 1953 in de Grondwet is vastgelegd, is door de grondwetswijziging van 1956 beperkt tot een ieder verbindende bepalingen van verdragen.⁶³ Vanaf het moment dat de gewijzigde Grondwet in werking is getreden, moet de rechter voor hij toekomt aan de vraag of een nationale bepaling verenigbaar is met een verdragsbepaling, steeds eerst de vraag beantwoorden of de verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is. Als dit niet het geval is, mag hij namelijk op grond van het nieuwe toetsingsartikel, artikel 66 van de Grondwet van 1956, de nationale bepaling niet buiten toepassing laten. Zoals de uitspraak van de rechtbank de eerste uitspraak is onder de reikwijdte van artikel 65 van de Grondwet van 1953, zo is de uitspraak van het hof de eerste uitspraak waarin de rechter de vraag beantwoordt of een verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is. Het hof concludeert dat artikel 7, vierde lid, van het Aanvaringsverdrag geen een ieder verbindende verdragsbepaling is, omdat deze bepaling zich slechts richt tot de nationale wetgever.⁶⁴ De bepaling verleent aan de wetgever de bevoegdheid de reguliere verjaringstermijn van de eerste twee leden via een nationale regel te verlengen. Het oordeel dat artikel 7, vierde lid, van het Aanvaringsverdrag geen een ieder verbindende verdragsbepaling is, leidt ertoe dat het toetsingsartikel niet van toepassing is op het geschil. Het hof heeft daardoor niet de bevoegdheid het laatste lid van artikel 742 van het Wetboek van Koophandel buiten toepassing te laten, als het hof mocht oordelen dat dit artikellid niet verenigbaar is met artikel 7, vierde lid, van het Aanvaringsverdrag.

Het hof laat zich, ondanks de onmogelijkheid om de wettelijke bepaling eventueel buiten toepassing te kunnen laten, wel uit over de vraag of de

⁶² Hof 's-Gravenhage 27 maart 1957, *NJ* 1957, 576.

⁶³ Zie par. 2.4.

⁶⁴ Volgens Fleuren is het ontkennende antwoord op de vraag of deze verdragsbepaling een ieder verbindend is, een misslag, Fleuren 2004, p. 242-244.

Artikel 94 Grondwet toegepast

ationale bepaling en de verdragsbepaling met elkaar in strijd zijn. Eerst concludeert het hof dat de Nederlandse wetgever de bedoeling heeft gehad om via de regeling van artikel 742 van het Wetboek van Koophandel aan te sluiten bij de mogelijkheden die het Aanvaringsverdrag hem heeft geboden. Aansluitend zegt het hof:

O. voorts, dat, voorzover de Nederlandse wetgever bij zijn wens om aan het verdrag aan te sluiten [...] hij geacht moet worden daaraan te hebben voldaan in art. 742 lid 3 K. [...]

dat, indien aan de wetgever de bedoeling moet worden toegeschreven de gewone verjaringstermijn te verlengen tot een redelijk tijdstip nadat beslag in Nederland mogelijk is, maar in art. 742 lid 3 K. een overschrijding van die termijn is te lezen, een redelijke wetstoepassing niettemin medebrengt dat aan een eiser, die binnen zodanige redelijke termijn heeft gedagvaard, niet verjaring van zijn vorderingsrecht kan worden tegengeworpen;

O. dat – anders dan de Rb. meent – het Verdrag derhalve niet aan de toepasselijkheid van art. 742 lid 3 K. in de weg staat [...];⁶⁵

Het hof onderbouwt de gekozen uitleg van het verdragsartikel niet nader, terwijl het hof wel eerder in zijn arrest de overwegingen van de rechtbank over de onjuiste vertaling van de authentieke tekst van het Aanvaringsverdrag heeft overgenomen. Daarbij heeft het hof ook opgemerkt dat bij de latere vaststelling van het derde lid van artikel 742 van het Wetboek van Koophandel kennelijk is uitgegaan van die onjuiste vertaling.⁶⁶ Ook een nadere motivering van de verenigbaarheid van de nationale wettelijke bepaling met het verdragsartikel is in het arrest niet te vinden.⁶⁷ Het hof redeneert vanuit de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. Het hof oordeelt zonder zelf de verenigbaarheid van de nationale bepaling met de verdragsbepaling te onderzoeken, dat de wetgever moet worden geacht te hebben voldaan aan zijn eigen wens om met de nationale bepaling aan te sluiten bij het verdrag. Het hof plaatst als enige kant-

⁶⁵ Hof 's-Gravenhage 27 maart 1957, *NJ* 1957, 576, p. 1147 r.k.

⁶⁶ Hof 's-Gravenhage 27 maart 1957, *NJ* 1957, 576, p. 1147 l.k.

⁶⁷ Ook advocaat-generaal s'Jacob merkt in zijn conclusie op dat het een niet nader gemotiveerde beslissing van het hof betreft, HR 11 april 1958, *NJ* 1958, 454, p. 1048 l.k.

tekening dat de nationale bepaling redelijk moet worden toegepast, als daarin een overschrijding van de verlenging van de verjaringstermijn kan worden gelezen. Het hof verwijst met deze opmerking naar het voorbehoud dat de Hoge Raad steeds heeft gemaakt op de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. Als de tekst van de nationale bepaling dwingt tot het maken van een inbreuk op de verplichtingen die het verdrag oplegt, dan mag de rechter niet langer uitgaan van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving.⁶⁸ Het hof lijkt zich, zonder dit expliciet te zeggen, rekenschap te geven van het feit dat de tekst van de verdragsbepaling en de tekst van de nationale bepaling niet zonder meer verenigbaar zijn. Door een redelijke toepassing van de nationale bepaling is er geen strijd tussen de nationale bepaling en de verdragsbepaling. Het hof hoeft daardoor de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving niet te verlaten en de nationale bepaling mag worden toegepast. Dit heeft tot gevolg dat de verjaringstermijn van de schadevordering niet is verlopen, omdat eiser binnen een redelijke termijn nadat conservatoir beslag op het schip van de gedaagde mogelijk was, ook daadwerkelijk beslag heeft gelegd en heeft gedagvaard. Het hof vernietigt de uitspraak van de rechtbank en verklaart eiser, de Nederlandse reder van de Salland, ontvankelijk in zijn vordering. De Deense eigenaar zal de door zijn schip veroorzaakte schade moeten vergoeden.

Opnieuw legt de in het ongelijk gestelde partij, dit keer de Deense eigenaar van de Herdis, zich niet neer bij het oordeel van de rechter. Hij stelt cassatieberoep in bij de Hoge Raad.⁶⁹ De Hoge Raad oordeelt, anders dan de rechtbank en het hof, over de vraag of de nationale bepaling van toepassing is op het geschil. De Hoge Raad overweegt dat de regels van het Aanvaringsverdrag het geschil beheersen, omdat de aanvaring tussen beide schepen heeft plaatsgevonden in Uruguay. De bepalingen van het Wetboek van Koophandel zijn daardoor niet uit eigen kracht van toepassing, maar slechts voor zover zij steunen op het Aanvaringsverdrag. Er is daar-

⁶⁸ HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 371.

⁶⁹ HR 11 april 1958, *NJ* 1958, 454.

Artikel 94 Grondwet toegepast

om geen reden de nationale bepaling te toetsen aan het Aanvaringsverdrag, zoals de rechtbank heeft gedaan, of om te onderzoeken of het Verdrag aan de toepassing van de nationale bepaling in de weg staat, zoals het hof heeft gedaan. Voor de Hoge Raad is de beslissende vraag slechts of het Aanvaringsverdrag ruimte laat om de nationale bepaling toe te passen. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag positief, omdat het vierde lid van artikel 7 van het Aanvaringsverdrag aan de wetgever de bevoegdheid geeft om af te wijken van de reguliere verjaringstermijn. Naast het Aanvaringsverdrag is, aldus de Hoge Raad, ook het derde lid van artikel 742 van het Wetboek van Koophandel op dit geschil van toepassing, omdat:

... tekst en geschiedenis van de onderhavige wetsbepaling duidelijk maken dat de wetgever bij de vaststelling ervan aansluiting heeft gezocht zeer bepaald bij het vierde lid van art. 7 van het Verdrag en de wetsbepaling aldus voor de door het Verdrag beheerste gevallen, gelijk het onderhavige, de betekenis heeft van een gebruikmaking door den wetgever van de hem bij deze verdragsbepaling verleende bevoegdheid om van den algemenen verjaringstermijn af te wijken;⁷⁰

De Hoge Raad oordeelt, evenals de rechtbank en het hof, dat de authentieke tekst van het verdragsartikel onjuist is vertaald. De Hoge Raad honoreert echter niet het cassatiemiddel dat de wetgever verwijt dat hij de bevoegdheid die de verdragsbepaling hem heeft toegekend, door deze onjuiste vertaling heeft overschreden:

... dat echter dit verwijt niet de gevolgtrekking wettigt dat, zoals dit onderdeel bepleit, in een geval als het onderhavige aan de wetsbepaling alle werking moet worden ontnomen;
dat toch een redelijke toepassing van de betrokken bepalingen er toe leidt om in een geval als het onderhavige het derde lid van art. 742 (K) binnen de grenzen door de verdragsbepaling getrokken te doen gelden;⁷¹

De Hoge Raad oordeelt dat de nationale bepaling mag worden toegepast, omdat de wetgever met deze bepaling heeft beoogd aan te sluiten bij het Aanvaringsverdrag. Voor zover dit niet is gelukt, omdat de wetgever is

⁷⁰ HR 11 april 1958, *NJ* 1958, 454, p. 1045 l.k.

⁷¹ HR 11 april 1958, *NJ* 1958, 454, p. 1045 r.k.

uitgegaan van de onjuiste vertaling van het Aanvaringsverdrag, biedt een redelijke toepassing van de nationale bepaling de mogelijkheid om binnen de grenzen van de verdragsbepaling te blijven. Het cassatieberoep wordt verworpen. De Deense reder zal de door zijn schip aangerichte schade alsnog moeten vergoeden aan de Nederlandse eigenaar van de Salland.

De Hoge Raad houdt vast aan de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving, omdat de wetgever met de nationale bepaling niet heeft willen afwijken van de verdragsbepaling, hoewel de tekst van de nationale bepaling eigenlijk wel inbreuk maakt op de verdragsbepaling. De dreigende onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de verdragsbepaling wordt afgewend door een redelijke toepassing van de nationale bepalingen. Wat een redelijke toepassing van de betrokken bepalingen precies inhoudt, licht de Hoge Raad niet nader toe. Wel merkt de Hoge Raad op dat het door een redelijke toepassing van de nationale bepalingen mogelijk is het nationale recht te laten gelden “binnen de grenzen” van de verdragsbepaling. Dit doet vermoeden dat de nationale bepaling restrictief wordt toegepast. Mijns inziens mag over de uitspraken van het hof en de Hoge Raad worden gezegd, dat beide instanties het kennelijk ongewenste resultaat dat de Nederlandse reder zelf zou moeten opdraaien voor zijn schade, door een redelijke wetstoepassing hebben willen voorkomen.

Afronding

Waar de rechtbank de toetsingsbevoegdheid van de Grondwet van 1953 benut, nadat zij oordeelt dat zij de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving moet verlaten op grond van de tekst van de wet, stellen het Haagse hof en de Hoge Raad zich terughoudender op. Het hof oordeelt dat het geschil niet valt onder de reikwijdte van het toetsingsartikel, omdat de van toepassing zijnde verdragsbepaling niet een ieder verbindend is. De Hoge Raad oordeelt dat het geschil wordt beheerst door het internationale recht en dat de nationale bepalingen slechts van toepassing zijn voor zover zij steun vinden in de verdragsbepalingen. De Hoge Raad komt, evenals het hof, niet toe aan het toetsen van de nationale bepaling aan de verdragsbepaling door vast te houden aan de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. De wetgever is, aldus de Hoge Raad,

Artikel 94 Grondwet toegepast

in de nationale bepaling niet afgeweken van het verdrag, ook al is de tekst van de nationale bepaling door een onjuiste vertaling van de verdragsbepaling niet geheel verenigbaar met de verdragsbepaling. De nationale bepaling en de verdragsbepaling zijn niet onverenigbaar als de nationale bepaling redelijk wordt toegepast. Het hof en de Hoge Raad voorkomen met hun oordeel dat zij de nationale bepaling moeten toetsen aan de verdragsbepaling. Dit betekent dat zij evenals vóór 1953 nog geen eigen rol nemen bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht.

3.4.2 Overige uitspraken

Het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad uit 1958 is niet het eerste arrest waarin de Hoge Raad zich sinds de grondwetswijziging van 1953 uitspreekt over de toetsing van nationale bepalingen aan het internationale recht. In 1956 oordeelt de Hoge Raad over het conflict over het stoomschip *Nyugat*.⁷² In dit arrest geeft hij eerst aan dat de Nederlandse rechter niet zonder meer de vrijheid heeft om een nationale bepaling buiten toepassing te laten, als deze bepaling in strijd zou zijn met ongeschreven beginselen van internationaal recht:⁷³

... dat nu wel het den Nederlandsen rechter niet vrijstaat een bepaling van de Nederlandse wet wegens strijd met die beginselen, voor zover deze niet in een verdrag zijn vastgelegd buiten toepassing te laten, doch de Rederij op die beginselen in zover een beroep doet, dat, aangezien niet licht mag worden aangenomen dat de Nederlandse wetgever van die beginselen zou hebben willen afwijken, een uitlegging van de besluiten,⁷⁴ volgens welke

⁷² In HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2, m.nt. D.J. Veegens, spreekt de Hoge Raad zich voor de tweede keer uit over het conflict over het stoomschip *Nyugat*.

⁷³ In dit geschil heeft eiser in het cassatiemiddel gesteld dat een nationale bepaling van een wet in formele zin in strijd is met de internationaal algemeen aanvaarde begrippen van prijsrecht.

⁷⁴ Dit betreft besluiten die in oorlogstijd zijn genomen door de Kroon zonder de medewerking van de volksvertegenwoordiging. De Hoge Raad oordeelt dat een in oorlogstijd genomen besluit “de kracht heeft van een wet in verband met de heersende omstandigheden”, HR 13 januari 1956, *NJ* 1956, 141, p. 310 l.k.

deze niet met die beginselen zouden zijn te rijmen, in het algemeen gesproken alleen dan aanvaardbaar zal zijn, indien de tekst van de besluiten tot die uitlegging bepaaldelijk noopt;⁷⁵

Uit het slot van de overweging blijkt dat de Hoge Raad in deze zaak ook redeneert vanuit de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. De door de Hoge Raad gekozen motivering is op dezelfde manier opgebouwd als de overweging van de Hoge Raad in het arrest over het Grenscontractaat van Aken uit 1919.⁷⁶

Ook in de lagere rechtspraak wordt na 1953 nog regelmatig meer of minder expliciet uitgegaan van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving.⁷⁷ Daarnaast zijn er in de periode 1953 – 1959 een aantal uitspraken waarin de rechter oordeelt dat de tekst van de nationale bepaling en de verdragsbepaling niet onverenigbaar zijn en dat daarom, in de woorden van het Haagse gerechtshof:

... een eventuele toetsing van de bepalingen der nationale wetgeving aan die van het verdrag in casu niet aan de orde zou kunnen komen;⁷⁸

De rechter oordeelt in deze gevallen dat het geschil niet valt onder de reikwijdte van het toetsingsartikel. Uit een arrest van de Hoge Raad uit 1959⁷⁹ komt een andere reden naar voren waarom lagere rechters, in casu de kantonrechter te Sittard en de rechtbank te Maastricht, geen gebruik hebben gemaakt van de grondwettelijke toetsingsbevoegdheid. In de motivering van hun vonnissen overwegen zij:

⁷⁵ HR 13 januari 1956, *NJ* 1956, 141, p. 310 r.k.

⁷⁶ Zie par. 3.3.

⁷⁷ Rb. Amsterdam 21 februari 1956, *NJ* 1956, 572. De Rechtbank Amsterdam bespreekt in haar uitspraak de overwegingen van de Amsterdamse kantonrechter. Ook de kantonrechter is in zijn oordeel uitgegaan van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving.

⁷⁸ Hof 's-Gravenhage 17 december 1958, *NJ* 1960, 37, p. 62 r.k.; zie ook Rb. Rotterdam 22 juni 1956, *NJ* 1956, 437.

⁷⁹ HR 5 mei 1959, *NJ* 1959, 361.

Artikel 94 Grondwet toegepast

... dat voormeld Verdrag en Protocol (EVRM en het Protocol van Parijs van 20 Maart 1952 – JdW)⁸⁰ niet meer rechten en vrijheden verzekeren dan die welke in beschaafde staten als Nederland reeds erkenning gevonden hebben [...].⁸¹

Uit deze overweging valt op te maken dat toetsing van nationale bepalingen aan verdragsbepalingen niet nodig is. De rechten en vrijheden die de verdragen beschermen, zijn in Nederland al gewaarborgd via nationale wetgeving. Nationale bepalingen zullen derhalve niet onverenigbaar zijn met verdragsbepalingen. De Hoge Raad neemt deze redenering van de lagere rechters niet over, maar komt evenals de lagere rechters tot de conclusie dat de nationale bepaling niet onverenigbaar is met de verdragsbepalingen:

... dat de rechter volgens art. 66 Grondwet geldende wettelijke bepalingen buiten toepassing moet laten wanneer toepassing niet verenigbaar zou zijn met een ieder verbindende bepalingen van overeenkomsten als bedoeld in art. 60 Grondwet doch niet is in te zien, dat de door req. genoemde overeenkomsten zodanige bepalingen zouden inhouden, waarmee de toepassing door den Ktr. en de Rb. van genoemd art. 56 lid 1 onder *b* (van de Drankwet – JdW) onverenigbaar zou zijn;⁸²

De Hoge Raad refereert aan de bevoegdheid die het toetsingsartikel hem toekent om een nationale bepaling buiten toepassing te laten als de toepassing van deze bepaling niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen. De Hoge Raad oordeelt, zonder dit verder te onderbouwen, dat het artikel van de Drankwet niet onverenigbaar is met de ingeroepen verdragsbepalingen.⁸³ De Hoge Raad lijkt, door de woorden – niet is in te zien –, zonder dit nader te beargumenteren wel hetzelfde

⁸⁰ Dit protocol garandeert de vrijheid om onderwijs te geven en te ontvangen.

⁸¹ HR 5 mei 1959, *NJ* 1959, 361, p. 889 r.k.

⁸² HR 5 mei 1959, *NJ* 1959, 361, p. 891 l.k.

⁸³ Met Meuwissen deel ik het standpunt dat de Hoge Raad in deze overweging “niet erg duidelijk” is en dat de Hoge Raad met ‘zodanige’ niet verwijst naar het voorgaande, maar naar hetgeen volgt. De Hoge Raad oordeelt niet dat de door de rekwirant genoemde overeenkomsten (o.a. het EVRM) geen een ieder verbindende verdragsbepalingen bevatten, maar acht de bepalingen van de Drankwet niet onverenigbaar met de ingeroepen verdragsbepalingen, Meuwissen 1968, p. 365-367.

standpunt in te nemen als de lagere rechters. De nationale bepalingen garanderen minimaal dezelfde vrijheden als de verdragen waaraan Nederland zich heeft gebonden. Een nationale bepaling zal daarom niet onverenigbaar zijn met een verdragsbepaling. Het daadwerkelijk beoordelen van de verenigbaarheid van de toepassing van de nationale bepaling met de een ieder verbindende verdragsbepaling is daarom niet noodzakelijk.

Afronding

In de eerste jaren na het opnemen van het toetsingsartikel in de Grondwet stelt de rechter zich, met een eenmalige uitzondering van de Rotterdamse rechtbank, terughoudend op bij het toetsen van nationale bepalingen aan verdragsbepalingen. De presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving als startpunt van de redenering verdwijnt wel langzaam maar zeker naar de achtergrond.⁸⁴ De diverse rechters lijken zich na de invoering van het toetsingsartikel op het standpunt te stellen dat de verdragen waaraan Nederland is gebonden, niet meer rechten waarborgen dan de nationale bepalingen van wetten in formele zin. Dit heeft tot gevolg dat nationale bepalingen niet onverenigbaar zullen zijn met verdragsbepalingen. Toetsing van nationale bepalingen aan verdragsbepalingen is derhalve niet noodzakelijk. Het toetsingsartikel wordt in deze periode, op de besproken uitzondering na, niet van toepassing geacht. De Hoge Raad oordeelt geen enkele keer dat een nationale bepaling niet verenigbaar is met een verdragsbepaling. Het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht blijft hierdoor feitelijk in handen van de wetgever, ondanks de bevoegdheid die de grondwetgever aan de rechter heeft toegekend. De Hoge Raad sluit zich aan bij het oordeel van de wetgever over de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht.

⁸⁴ De presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving wordt, voor zover mij bekend, na 1960 nog slechts één keer door de Hoge Raad gebruikt, HR 14 april 1972, *NJ* 1972, 269.

3.5 De periode 1960 – 1979

Door het opnemen van het toetsingsartikel in de Grondwet van 1953 en de wijziging van het artikel in 1956 zijn er drie vragen waarvoor de rechter zich gesteld ziet, als hij moet oordelen over geschillen waarin partijen niet alleen bescherming zoeken in het nationale recht maar ook in het internationale recht. De rechter geeft impliciet dan wel expliciet antwoord op deze vragen. De eerste vraag die de rechter steeds moet beantwoorden als partijen zich beroepen op een schending van een verdragsbepaling, is:

Is de ingeroepen verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend?

Als de rechter deze vraag, die ik in het vervolg de eerste analysevraag zal noemen, positief beantwoordt, dient de rechter de volgende vraag te beantwoorden:

Valt het geschil onder de reikwijdte van de ingeroepen een ieder verbindende verdragsbepaling?

Deze vraag zal ik voortaan aanduiden als de tweede analysevraag. Het maakt eigenlijk niet uit in welke volgorde de rechter deze eerste twee analysevragen beantwoordt. Pas na een positief antwoord op beide analysevragen, is het zinvol om de nationale bepaling te toetsen aan de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. De vraag die dan moet worden beantwoord, is de derde analysevraag:

Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling?

Als de rechter de derde analysevraag positief beantwoordt, dan is het toetsingsartikel van de Grondwet daadwerkelijk van toepassing en vindt de nationale bepaling, aldus de tekst van het toetsingsartikel, geen toepassing. De jurisprudentie uit de periode 1960 – 1979 zal worden beschreven aan de hand van de drie analysevragen. De eerste twee analysevragen en de bijbehorende jurisprudentie zullen beknopt worden behandeld, omdat deze vragen, zoals is aangegeven in het inleidende hoofdstuk, buiten de kaders van dit onderzoek vallen. Het onderzoek richt zich immers op de rechterlijke invulling van de bevoegdheden om de verenigbaarheid van het

ationale met het internationale recht te beoordelen en om onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht te beëindigen. Echter, ook omdat het antwoord op de eerste twee analysevragen bij de rechtspraak in meerdere instanties en in de conclusie van de advocaten- en procureurs-generaal niet altijd gelijklopend is, moeten deze vragen wel steeds bij de analyse worden betrokken om de verschillende oordelen te kunnen duiden.

3.5.1 De eerste analysevraag

Is de ingeroepen verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend?

Het stellen van de eerste analysevraag is noodzakelijk door de verandering van het toetsingsartikel bij de grondwetwijziging van 1956 en de uitleg die de Hoge Raad aan het gewijzigde toetsingsartikel geeft. Volgens de Hoge Raad heeft de grondwetgever de toetsing van het nationale recht aan het internationale recht door de Nederlandse rechter uitdrukkelijk willen beperken “tot de gevallen van de in dat artikel vermelde zelfwerkende bepalingen van overeenkomsten”.⁸⁵ De rechter mag derhalve niet treden in de vraag of nationale bepalingen “met het ongeschreven volkenrecht dan wel met niet „een ieder verbindende bepalingen van overeenkomsten” in strijd zijn”.⁸⁶ De toetsing van nationale bepalingen aan ongeschreven internationaal recht en aan niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen door de rechter is niet (langer) geoorloofd. De toetsingsbevoegdheid is sinds de grondwetwijziging van 1956 beperkt tot de toetsing van nationale bepalingen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen.⁸⁷

In de besproken jurisprudentie over de aanvaring tussen het Deense en het Nederlandse schip in Uruguay is aan de orde geweest dat het Haagse hof de vraag of de ingeroepen bepaling van het Brussels Aanvaringsverdrag een ieder verbindend was, negatief beantwoordde. De Hoge Raad wijst al voor de inwerkingtreding van de Grondwet van 1956 een arrest

⁸⁵ HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2, m.nt. D.J. Veegens, p. 17 l.k.

⁸⁶ HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2, m.nt. D.J. Veegens, p. 17 l.k.

⁸⁷ Par. 2.4; Fleuren 2004, p. 161; Van der Pot 2006, p. 699-700.

Artikel 94 Grondwet toegepast

waarin hij de eerste analysevraag – Is de ingeroepen verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend? – beantwoordt.⁸⁸ In het arrest Cognac Vieux II geeft de Hoge Raad een negatief antwoord op de eerste analysevraag.⁸⁹ De Hoge Raad komt, anders dan het Gerechtshof 's-Gravenhage en advocaat-generaal Langemeijer,⁹⁰ tot het oordeel dat de ingeroepen bepalingen van het met Frankrijk gesloten Handel- en Scheepvaartverdrag slechts verplichtingen opleggen aan de verdragsluitende partijen:

... zonder mede tot uitdrukking te brengen dat op Nederlands grondgebied voor een ieder de verplichting ontstaat om zich, aanstonds met het van kracht worden van art. 11 van die handelingen te onthouden; [...]

O. dat de overige leden van art. 11 in Nederland al evenmin duidelijk doen zijn dat met het inwerkingtreden van art. 11 in Nederland een toestand zou zijn ingetreden die voor een iegelijk een verplichting brengt als voormeld; dat integendeel deze leden, welke naar hun bewoordingen aansluiten aan de leden 1 en 2, moeten worden verstaan in dezen zin dat zij slechts aangeven tot welke nadere uitwerking de Hoge Verdragsluitende Partijen ingevolge de bij de leden 1 en 2 aanvaarde verplichtingen gehouden zullen zijn;⁹¹

Uit het verschil in opvatting tussen het Haagse hof, de advocaat-generaal en de Hoge Raad over de vraag of de ingeroepen verdragsbepalingen 'self executing' of een ieder verbindend zijn, blijkt dat het antwoord op deze vraag niet evident is. In de jaren na 1956 ontwikkelt de Hoge Raad in zijn jurisprudentie criteria om de vraag te beantwoorden of een verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is.

⁸⁸ HR 1 juni 1956, *NJ* 1958, 424, m.nt. D.J. Veegens. Dit arrest is een vervolg van HR 10 december 1954, *NJ* 1956, 240 (arrest Cognac Vieux I). In het arrest Cognac Vieux I legt de Hoge Raad het verschil uit tussen de begrippen 'verdragen' en 'andere overeenkomsten' in het verdragsartikel van de Grondwet (1922).

⁸⁹ Fleuren merkt over het oordeel van de Hoge Raad in dit arrest op dat de grondwetswijziging haar schaduw vooruitwierp, Fleuren 2004, p. 139 en 215.

⁹⁰ HR 1 juni 1956, *NJ* 1958, 424, m.nt. D.J. Veegens, p. 974 r.k.: "Toch blijf ik ten slotte kiezen voor de uitlegging van althans het tweede lid van art. 11 als „self executing”." Halverwege de vorige eeuw hadden de begrippen 'self-executing' en 'een ieder verbindend' dezelfde betekenis en werden door elkaar gebruikt, Fleuren 2004, p. 272.

⁹¹ HR 1 juni 1956, *NJ* 1958, 424, m.nt. D.J. Veegens, p. 971 r.k.-972 l.k.

In Nederland is in de eerste zestig jaar van de twintigste eeuw de opvatting wijdverbreid dat de vraag of een verdragsbepaling bindend is voor de burgers van de verdragsluitende staten, moet worden beantwoord aan de hand van de regels van het internationale recht. Daarbij is cruciaal welke bedoeling of intentie de verdragspartijen hadden bij het opstellen van het verdrag. Daarom wordt deze leer ook wel de intentieleer genoemd.⁹² De intentieleer heeft in Nederland veel invloed gehad en is ook herkenbaar in de jurisprudentie van de Hoge Raad,⁹³ hoewel niet kan worden gezegd dat de Hoge Raad deze leer onvoorwaardelijk onderschrijft.⁹⁴

Na 1960 neemt de invloed van de intentieleer af. De vraag of een verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is, wordt na 1960 niet meer beantwoord volgens de regels van het internationale recht, maar volgens de regels van het nationale recht. De Hoge Raad formuleert in het Spoorwegstakingarrest de criteria volgens welke kan worden bepaald of een verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is.⁹⁵ De door de Hoge Raad geformuleerde criteria zijn nog altijd leidend bij de beantwoording van de vraag of een verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is. Niet de bedoeling van de verdragspartijen bij de totstandkoming van het verdrag maar de inhoud van de bepaling is, volgens de Hoge Raad, doorslaggevend, tenzij de verdragsluitende staten expliciet zijn overeengekomen dat aan een bepaling geen directe werking mag worden toegekend:

Of de verdragsluitende Staten al dan niet hebben beoogd aan art. 6 lid 4 ESH directe werking toe te kennen, is niet van belang nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Verdrag valt af te leiden dat zij zijn overeengekomen dat aan art. 6 lid 4 die werking niet mag worden toegekend. Bij deze stand van zaken is naar Nederlands recht enkel de inhoud van de bepaling zelf beslissend: verplicht deze de

⁹² Fleuren 2004, p. 246.

⁹³ HR 18 mei 1962, *NJ* 1965, 115; HR 8 november 1968, *NJ* 1969, 10.

⁹⁴ Fleuren 2004, p. 249-253.

⁹⁵ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688, m.nt. P.A. Stein. Dit arrest is gewezen na de periode 1960 – 1979 die in deze paragraaf wordt besproken. Het arrest wordt in deze paragraaf besproken, omdat het van belang is voor het antwoord op de eerste analysevraag.

Artikel 94 Grondwet toegepast

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?⁹⁶

Het ligt niet voor de hand dat de verdragspartijen op voorhand vaststellen dat een bepaling naar haar inhoud niet een ieder verbindend is. Onder normale omstandigheden zal dus het antwoord op de vraag of de verdragsbepaling zonder meer als objectief recht kan functioneren in de nationale rechtsorde, bepalend zijn om vast te stellen of een verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is. Als dit antwoord positief is en de wetgever dus niet wordt verplicht een nationale regeling te treffen, dan is de verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend. Hoewel het criterium transparant lijkt, blijft in de jaren na het wijzen van het Spoorwegstakingarrest de vraag of een verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is, regelmatig een moeilijk te beantwoorden vraag.⁹⁷

Afronding

Het antwoord op de eerste analysevraag of een verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is, blijkt niet altijd evident. Ook met het door de Hoge Raad in het Spoorwegstakingarrest ontworpen beslisschema blijft de eerste analysevraag regelmatig lastig te beantwoorden.

Bij de bespreking van de jurisprudentie zal de eerste analysevraag slechts zelden uitgebreid aan de orde komen, omdat het uitgangspunt bij de nog te behandelen rechtspraak is dat de rechter de eerste analysevraag positief heeft beantwoord. Alleen als zich bij de beantwoording van de eerste analysevraag bijzonderheden voordoen die het beantwoorden van de vol-

⁹⁶ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688, m.nt. P.A. Stein, r.o. 3.2.

⁹⁷ De jurisprudentie over de rechtmatigheid van de subsidie aan de Staatkundig Gereformeerde Partij kan als voorbeeld dienen. De diverse rechters beantwoorden in dit geschil de vraag of artikel 7, aanhef en onder (a) en (c), van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen een ieder verbindend is; Rb. 's-Gravenhage 7 september 2005, *AB* 2005, 398, m.nt. M.J. Kanne en R. Nehmelman; ABRS 5 december 2007, *AB* 2008, 35, m.nt. R.J.B. Schutgens en J.J.J. Sillen; Hof 's-Gravenhage 20 december 2007, *NJ* 2008, 133; HR 9 april 2010, *NJ* 2010, 388 m.nt. E.A. Alkema.

gende analysevragen beïnvloeden, zal nader aandacht worden besteed aan het antwoord op de eerste analysevraag.⁹⁸

3.5.2 De tweede analysevraag

Valt het geschil onder de reikwijdte van de ingeroepen een ieder verbindende verdragsbepaling?

In de zestiger jaren van de vorige eeuw doet de Hoge Raad een aantal uitspraken waarin hij de reikwijdte van de ingeroepen verdragsbepaling zo beperkt uitlegt, dat dit tot gevolg heeft dat de verdragsbepaling het voorliggende geschil niet bestrijkt.⁹⁹ Ter illustratie van de restrictieve interpretatie van een verdragsgrondrecht door de Hoge Raad bespreek ik het AOW-arrest uit 1960.¹⁰⁰ In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat het geschil niet valt onder de reikwijdte van de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, zoals beschermd door artikel 9 EVRM.

Een dominee verzoekt de rechter het artikel van de Algemene Ouderdomswet (AOW) dat hem verplicht AOW-premie te betalen, buiten toepassing te laten wegens strijd met artikel 9 EVRM.¹⁰¹ Volgens zijn godsdienst dienen de leden van het kerkgenootschap waar hij in dienst is, de Gereformeerde Kerken, in zijn levensonderhoud te voorzien, niet alleen tijdens zijn arbeidzame leven maar ook na zijn emeritaat. Alle lasten die hem door de AOW worden opgelegd, drukken als gevolg van deze kerkelijke regeling op de Gereformeerde Kerken. De dominee zal echter geen gebruik maken van het AOW-pensioen, omdat de Gereformeerde Kerken ook na zijn emeritaat in zijn levensonderhoud zullen blijven voorzien. Hij stelt dat de plicht om AOW-premie te betalen een schending oplevert van

⁹⁸ Zie par. 5.3.

⁹⁹ Hof Leeuwarden 13 april 1961, *NJ* 1964, 401; HR 13 maart 1963, *Beslissingen* 1963, p. 610; HR 9 oktober 1973, *DD* 1973, nr. 73.169, p. 558; *Netherlands Yearbook of International Law* 1974, p. 313.

¹⁰⁰ HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436, m.nt. B.V.A. Röling.

¹⁰¹ Het EVRM wordt in deze periode nog vaak het Verdrag van Rome, al dan niet met de toevoeging 1950, genoemd. De afkorting EVRM is in de periode tot 1980 nog geen gemeengoed. Regelmatig wordt de afkorting E.V. gebruikt.

Artikel 94 Grondwet toegepast

de vrijheid van godsdienst, zoals gecodificeerd in artikel 9 EVRM. De Hoge Raad overweegt:

... dat, vermits de in de Algemene Ouderdomswet vervatte regeling van een de gehele bevolking omvattende verplichte verzekering tegen gelijke gevolgen van ouderdom ligt buiten het gebied dat door art. 9 van het Verdrag wordt bestreken, de door belangh. in de eerste grief verlangde toetsing van deze regeling aan het tweede lid der verdragsbepaling niet aan de orde behoeft te komen;¹⁰²

Annotator Röling merkt over deze overweging van de Hoge Raad op:

Dit lijkt meer een machtsspreuk dan een overtuigend argument, tenzij uit haar aard elke algemene regeling buiten art. 9 zou vallen, wat toch zeker niet de bedoeling van de H.R. zal zijn geweest.¹⁰³

De argumentatie van de Hoge Raad maakt niet onomwonden duidelijk, waarom de Hoge Raad kiest voor een restrictieve uitleg van artikel 9 EVRM.

De restrictieve interpretatie van de verdragsgrondrechten heeft tot gevolg dat de reikwijdte van de grondrechten wordt verkleind en dat partijen zich tevergeefs beroepen op de rechten die de verdragsbepalingen beogen te beschermen. De literatuur spreekt daarom ook wel van een ‘omhelzende’ of een ‘verstikkende’ interpretatie.¹⁰⁴ Voor de volledigheid merk ik op dat de rechter aan het begin van de zestiger jaren van de vorige eeuw niet in alle gevallen de een ieder verbindende verdragsbepaling waarop de rechtzoekende zich beroept, restrictief interpreteert. In deze periode doen rechters ook een aantal uitspraken waarbij de verdragsgrondrechten waarin

¹⁰² HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436, m.nt. B.V.A. Röling, p. 999 l.k.

¹⁰³ HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436, m.nt. B.V.A. Röling, p. 1000 r.k.

¹⁰⁴ Van Dijk 1988, p. 180. Van Dijk noemt nog een andere vorm van omhelzende of verstikkende interpretatie. Daarbij is de verdragsbepaling wel van toepassing, maar wordt de verdragsbepaling samen met het toepasselijke recht zo uitgelegd dat aansluitend kan worden geoordeeld, dat de bepalingen niet onverenigbaar zijn. Deze vorm van verstikkende interpretatie past in de door mij gemaakte indeling in par. 3.5.3, Van Dijk 1988, p. 182.

burgers bescherming zoeken, ook bij een niet-restrictieve interpretatie niet van toepassing zijn.¹⁰⁵

Afronding

In de zestiger jaren van de vorige eeuw als burgers zich langzaam maar zeker meer gaan beroepen op de grondrechten die verdragsbepalingen beogen te beschermen, verkleint de rechter een aantal malen de reikwijdte van die verdragsbepalingen door een restrictieve interpretatie. Deze restrictieve interpretatie leidt tot een negatief antwoord op de tweede analysevraag, de vraag of het geschil valt onder de reikwijdte van de ingeroepen een ieder verbindende verdragsbepaling. De rechter oordeelt in dergelijke geschillen dat partijen zich tevergeefs beroepen op een schending van een verdragsbepaling. De rechterlijke opstelling tegenover de eisen van het internationale recht mag door de restrictieve interpretatie van de verdragsbepalingen terughoudend worden genoemd. De rechter laat door zijn terughoudende opstelling het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht aan de wetgever.

Ook het antwoord op de tweede analysevraag zal bij de bespreking van de jurisprudentie in het vervolg van deze studie niet uitgebreid aan de orde worden gesteld. Bij de selectie van de jurisprudentie is ervan uitgegaan dat de rechter de tweede analysevraag positief heeft beantwoord. Uiteraard geldt ook hier, evenals bij de eerste analysevraag, dat dit anders is, als zich bijzonderheden voordoen die invloed hebben op de beantwoording van de derde analysevraag.

3.5.3 De derde analysevraag

Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling?

Hoewel een negatieve formulering van een vraag vaak als lastig wordt ervaren, is hier toch voor gekozen. De keuze voor de negatieve formulering

¹⁰⁵ Rb. Rotterdam (pres.) 15 juni 1961, *NJ* 1961, 470; Hof 's-Gravenhage 31 januari 1963, *NJ* 1964, 54; HR 13 september 1963, *NJ* 1963, 509.

Artikel 94 Grondwet toegepast

van de derde analysevraag is ingegeven door de wens om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de woorden van het toetsingsartikel van de Grondwet.

Al vrij snel na 1956 zoeken burgers regelmatig bescherming van hun grondrechten door zich te beroepen op een schending van verdragsbepalingen en dan vooral op een schending van de artikelen 8 tot en met 11 EVRM. De rechter acht deze vier verdragsbepalingen naar hun inhoud een ieder verbindend. Als de rechter na een beroep op de schending van een van deze artikelen oordeelt dat het geschil valt onder de reikwijdte van de ingeroepen verdragsbepaling, komt de derde analysevraag – Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? – aan bod. Een beperking van een verdragsgrondrecht door de toepassing van een nationale bepaling leidt niet automatisch tot onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de verdragsbepaling. Zolang de beperking niet de grenzen overschrijdt die het tweede lid van het artikel stelt, is de toepassing van de nationale bepaling niet onverenigbaar met de verdragsbepaling. Een uitspraak waarin de Hoge Raad oordeelt dat de beperking blijft binnen de grenzen van artikel 10 lid 2 EVRM, is het Bidprentjesarrest uit april 1961.¹⁰⁶

In deze zaak wordt de verdachte vervolgd, omdat hij op een zondag in mei 1960 in Gouda in het openbaar bidprentjes te koop heeft aangeboden. Het handelen van de verdachte wordt door de officier van justitie gekwalificeerd als het uitoefenen van straathandel, waardoor sprake is van het overtreden van artikel 8 van de Winkelsluitingswet. Dit artikel verbiedt namelijk het bedrijven van straathandel op zondag.¹⁰⁷ De economische politierechter ontslaat de verdachte van rechtsvervolging, omdat hij oordeelt dat artikel 8 van de Winkelsluitingswet niet verenigbaar is met de vrijheid van meningsuiting, zoals gecodificeerd in artikel 10 EVRM. De officier van justitie bestrijdt dit oordeel van de politierechter in cassatie en voert daartoe onder andere aan:

¹⁰⁶ HR 18 april 1961, *NJ* 1961, 273, m.nt. B.V.A. Röling.

¹⁰⁷ Artikel 8 Winkelsluitingswet luidde ten tijde van deze uitspraak, voor zover van belang: Het is verboden in de uitoefening van markthandel, straathandel of handel te water waren te koop aan te bieden, te verkopen of af te leveren: a. op Zondag; [...].

Naar de mening van de req. kent het Verdrag van Rome [...] niet meer rechten en vrijheden toe dan die, welke hier te lande reeds erkenning hebben gevonden.¹⁰⁸

De Hoge Raad oordeelt dat het doel van de Winkelsluitingswet niet is het beperken van de verkoop van geschriften waarin een mening wordt geuit. Het doel van het verbod op de verkoop van waren op zondag is het voorkomen van een vanuit maatschappelijk oogpunt onaanvaardbare toestand. De winkeleigenaren zouden namelijk niet meer voldoende tijd voor rust en ontspanning overhouden, als er ook op zondag zou mogen worden gehandeld:

... dat zulks medebrengt dat de Winkelsluitingswet 1951 – o.m. in haar art. 8 – beperkingen behelst, welke in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van de openbare orde als bedoeld in art. 10 lid 2 van het Verdrag, weshalve de geldigheid van eerstgenoemd voorschrift ingevolge het bij dat lid 2 bepaalde niet met vrucht zou kunnen worden bestreden, ook al ware daarvan het gevolg, dat de uitoefening van de in lid 1 toegekende vrijheden niet in vollen omvang kan plaatsvinden;¹⁰⁹

De via de Winkelsluitingswet aangebrachte beperking op het drijven van handel op zondag is noodzakelijk in een democratische samenleving in het belang van de openbare orde, zoals bedoeld in artikel 10 lid 2 EVRM. De Hoge Raad licht de door hem gegeven betrekkelijk ruime invulling van het begrip openbare orde niet toe. Ook een onderbouwing van de noodzaak van de aangebrachte beperking in een democratische samenleving ontbreekt, of het zou moeten zijn:

... het keren van een uit maatschappelijk oogpunt onaanvaardbaren toestand, welke – ook in verband met de onderlinge concurrentieverhoudingen – zou intreden.¹¹⁰

Het is interessant om op te merken dat advocaat-generaal Van Oosten tot een andere conclusie is gekomen. Naar zijn oordeel is de openbare

¹⁰⁸ HR 18 april 1961, *NJ* 1961, 273, m.nt. B.V.A. Röling, p. 577 r.k.; zie ook HR 5 mei 1959, *NJ* 1959, 361 en par. 3.4.2.

¹⁰⁹ HR 18 april 1961, *NJ* 1961, 273, m.nt. B.V.A. Röling, p. 578 r.k.

¹¹⁰ HR 18 april 1961, *NJ* 1961, 273, m.nt. B.V.A. Röling, p. 578 r.k.

Artikel 94 Grondwet toegepast

verkoop van een prentje dat opwekt tot bidden, geen handeling die kan worden geschaard onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM:

... een opwekking tot het verrichten van een devote handeling is per definitie geen uiting van een denkbeeld en evenmin een daad van voorlichting.¹¹¹

In dit geschil vellen de twee rechterlijke instanties die zich over de zaak uitspreken, de economische politierechter en de Hoge Raad, en de advocaat-generaal allemaal een ander oordeel. De advocaat-generaal concludeert dat het geschil niet valt onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM. Hij beantwoordt de tweede analysevraag negatief. De economische politierechter en de Hoge Raad beantwoorden de tweede analysevraag positief, zij achten artikel 10 EVRM wel van toepassing op het geschil. De economische politierechter beantwoordt ook de derde analysevraag positief. Hij acht de toepassing van artikel 8 van de Winkelsluitingswet niet verenigbaar met het toetsingsartikel. De Hoge Raad daarentegen beantwoordt de derde analysevraag negatief door het begrip openbare orde ruim uit te leggen. Daardoor acht de Hoge Raad de nationale bepaling niet onverenigbaar met de verdragsbepaling.

De door de Hoge Raad gekozen ruime uitleg van het begrip openbare orde is ook terug te vinden in het Huifkararrest uit 1972.¹¹² In dit arrest laat de Hoge Raad het antwoord op de tweede analysevraag of het voorliggende geschil valt onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM, in het midden.¹¹³ Met exact dezelfde formulering als in het Bidprentjesarrest oordeelt de Hoge Raad dat de beperking van de vrije meningsuiting binnen de grenzen van artikel 10 lid 2 EVRM is gebleven. De overtreden bepaling is derhalve niet onverenigbaar met artikel 10 EVRM en kan toepassing

¹¹¹ HR 18 april 1961, *NJ* 1961, 273, m.nt. B.V.A. Röling, p. 579 l.k.

¹¹² HR 18 januari 1972, *NJ* 1972, 193, m.nt. W.F. Prins.

¹¹³ “... dat, wat er zij van de vraag of het onderwerpelijke opschrift een ‘meningsuiting’ bevat als bedoeld in art. 10 E.V. ook bij haar beantwoording in bevestigende zin een beroep op gezegde bepaling aan gereq. als grond voor niet-strafbaarheid van het bewezenverklarde niet te stade zou kunnen komen”, HR 18 januari 1972, *NJ* 1972, 193, p. 547 l.k.

vinden. In zijn conclusie bij dit arrest stelt advocaat-generaal Kist dat hij de toepasselijke nationale regeling onverbindend acht.¹¹⁴ De beperkingsgronden in artikel 10 lid 2 EVRM kunnen in dit geval geen uitkomst bieden, omdat:

... als enige mogelijke beperkingsgrond de bescherming van de openbare orde in aanmerking komt, en, hoe uitgebreid men dat begrip ook zou willen interpreteren, daaronder toch in geen geval de bescherming van het Landschapschoon zou kunnen vallen.¹¹⁵

In dit geschil oordelen alle drie de rechters gelijklopend, alleen de advocaat-generaal heeft een andere mening. Alle rechterlijke instanties en de advocaat-generaal beantwoorden de tweede analysevraag of het geschil valt onder de reikwijdte van de ingeroepen verdragsbepaling, positief. De rechters achten aansluitend de nationale bepaling niet onverenigbaar met de EVRM-bepaling. Zij geven daarmee een negatief antwoord op de derde analysevraag. De advocaat-generaal concludeert dat de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 10 EVRM en beantwoordt de derde analysevraag dus positief.

Zo lijkt de Hoge Raad in zijn jurisprudentie een constante lijn uit te zetten met betrekking tot de beperkingsmogelijkheden van de verdragsgrondrechten en specifiek met betrekking tot de beperkingen die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van de openbare orde.

Echter, na het Bidprentjesarrest in 1961 en vóór het Huifkararrest in 1972 heeft de Hoge Raad nog een arrest gewezen, waarin hij heeft geoordeeld

¹¹⁴ Advocaat-generaal Kist stelt in zijn conclusie dat artikel 1 van de Landschapsverordening Zeeland niet verbindend is, omdat deze bepaling strijdig is met het in art. 10 E.V. geformuleerde recht van vrije meningsuiting. Mijns inziens heeft hij slechts de mogelijkheid om artikel 1 van de Zeeuwse Landschapsverordening buiten toepassing te laten. In het licht van het toetsingsartikel lijkt het mij niet juist dat hij de bepaling onverbindend acht. Wellicht is dit het gevolg van het feit dat de Hoge Raad kort voor deze zaak twee arresten heeft gewezen, waarin hij heeft geoordeeld dat een provinciale verordening onverbindend was wegens strijd met artikel 7 Grondwet, HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 270, m.nt. W.F. Prins en HR 14 januari 1969, *NJ* 1969, 191. De conclusie bij het eerstgenoemde arrest is ook afkomstig van advocaat-generaal Kist.

¹¹⁵ HR 18 januari 1972, *NJ* 1972, 193, m.nt. W.F. Prins.

Artikel 94 Grondwet toegepast

over de beperking van een verdragsgrondrecht in het belang van de openbare orde. Dit is het arrest Processieverbod Geertruidenberg II.¹¹⁶ Dit keer betreft het niet de vrijheid van meningsuiting maar de vrijheid van godsdienst, zoals beschermd in artikel 9 EVRM. In dit geschil is de vraag aan de orde of de toepassing van het grondwetsartikel dat een beperking aanbrengt op het houden van openbare godsdienstoefeningen buiten gebouwen en besloten plaatsen,¹¹⁷ verenigbaar is met de vrijheid van godsdienst zoals beschermd door artikel 9 EVRM. Het Arnhemse hof, waarnaar de zaak door de Hoge Raad is verwezen, heeft de kapelaan die in Geertruidenberg een processie heeft gehouden, vrijgesproken. Het hof heeft geoordeeld dat:

... art. 184 lid 2 Grondwet [...] ingevolge art. 66 Grondwet toepassing niet kan vinden, omdat zulks niet verenigbaar zou zijn met art. 9 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden;¹¹⁸

Het hof onderbouwt zijn oordeel door eerst positief te antwoorden op de tweede analysevraag. Het hof oordeelt dat een processie valt onder de

¹¹⁶ HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107, m.nt. B.V.A. Röling. Vaak wordt aan dit arrest geen 'II' toegevoegd. Echter, omdat de Hoge Raad zich in 1959 al een keer heeft uitgesproken over dezelfde zaak (HR 15 mei 1959, *NJ* 1959, 560, m.nt. B.V.A. Röling) lijkt het mij aangewezen dit wel te doen. Het arrest Processieverbod Geertruidenberg I wordt niet nader besproken, omdat dit arrest van de Hoge Raad voor de hier aan de orde zijnde problematiek niet van belang is.

Het geschil wordt, anders dan men op het eerste gezicht zou denken, niet door de Strafkamer, maar door de Burgerlijke Kamer behandeld. In deze zaak is artikel 9 van de Wet van den 10den September 1853, *S.* 102 tot regeling van het toezigt op de onderscheidene kerkgenootschappen overtreden.

Artikel 9 Wet op de kerkgenootschappen verwijst naar artikel 167 Grondwet (1848). Dit is ten tijde van het wijzen van het arrest artikel 184 Grondwet (1956), daarom wordt in het arrest gesproken over het overtreden van artikel 184 Grondwet.

Artikel 10 Wet op de kerkgenootschappen geeft aan dat de officieren van justitie de toepassing van het voorgaande artikel eisen bij de arrondissementsrechtbanken in een burgerlijke terechtzitting.

Artikel 11 Wet op de kerkgenootschappen geeft aan dat appel tegen het vonnis van de rechtbank en cassatie tegen het arrest van het hof is toegestaan.

¹¹⁷ Artikel 184 lid 2 Grondwet (1956). Dit artikel is in 1848 in de Grondwet opgenomen.

¹¹⁸ HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107, m.nt. B.V.A. Röling, p. 419 l.k.; zie ook Van der Burg 1956, p. 441.

reikwijdte van artikel 9 lid 1 EVRM. Aansluitend gaat het hof in op de beperkingen die mogelijk zijn op grond van artikel 9 lid 2 EVRM. Het hof oordeelt daarbij expliciet:

... dat de in het tweede lid van art. 184 neergelegde beperking niet geacht kan worden nodig te zijn voor de openbare orde;¹¹⁹

Het hof vult met dit oordeel het begrip openbare orde minder ruim in, dan de Hoge Raad eerder heeft gedaan in het Bidprentjesarrest. De Hoge Raad neemt het oordeel van het Arnhemse hof niet over. De Hoge Raad neemt wel de zienswijze van het hof over dat de ten laste gelegde gedraging, het organiseren en houden van een processie, valt onder de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst die artikel 9 EVRM beoogt te waarborgen. De Hoge Raad beantwoordt, evenals het hof en de procureur-generaal in zijn conclusie, de tweede analysevraag positief.

Bij de beantwoording van de derde analysevraag – Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de verdragsbepaling? – volgt de Hoge Raad een andere weg. Niet alleen in vergelijking met het Arnhemse hof, maar ook ten opzichte van de conclusie van de procureur-generaal en zijn eigen oordeel in het Bidprentjesarrest. Procureur-generaal Langemeijer komt tot dezelfde conclusie als het Arnhemse hof. Ook hij acht de nationale bepaling niet noodzakelijk in het belang van de openbare orde:

Ik meen nu, dat men zal moeten oordelen, dat het voorschrift niet in het belang van de openbare orde noodzakelijk kan worden geacht. Dat een wetgever zou kunnen menen, dat het voor de openbare orde bevorderlijk is, zou ik niet willen uitsluiten. [...] Echter, het verdrag eist noodzakelijkheid in het belang van de openbare orde [...] Van de noodzakelijkheid nu om art. 184 lid 2 te handhaven kan men naar mijn mening zeker niet overtuigd zijn.¹²⁰

In het Bidprentjesarrest heeft de Hoge Raad gekozen voor een zeer ruime invulling van het begrip openbare orde. De door de nationale bepaling aangebrachte beperking op de vrije meningsuiting bleef hierdoor binnen

¹¹⁹ HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107, m.nt. B.V.A. Röling, p. 419 r.k.

¹²⁰ HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107, m.nt. B.V.A. Röling, p. 423 r.k.

Artikel 94 Grondwet toegepast

de grenzen van artikel 10 lid 2 EVRM. In het arrest *Processieverbod Geertruidenberg II* oordeelt de Hoge Raad dat:

... [het in het tweede lid van art. 184 bepaalde] als een voor de bescherming van de openbare orde noodzakelijke maatregel kan worden beschouwd;

dat daarbij voor de beoordeling van de vraag of de toepassing van een dergelijke voorziening in een gegeven geval met het tweede lid van art. 9 van het Verdrag verenigbaar is, niet de maatstaf kan worden aangelegd of nu juist in dat geval de bescherming van de openbare orde die toepassing noodzakelijk maakte, immers in een democratische samenleving de wetgever het met het oog op het belang van de rechtszekerheid zeer wel nodig kan achten een dergelijke ter bescherming van de openbare orde te geven voorziening aldus te treffen dat de toelaatbaarheid van openbare godsdienstoefeningen als hier bedoeld niet naar de bijzondere omstandigheden van elk geval, doch naar een algemeen werkenden maatstaf wordt beoordeeld;¹²¹

De Hoge Raad kiest in deze overweging voor een abstracte toetsing en wijst met de woorden dat “niet de maatstaf kan worden aangelegd of nu juist in dat geval de bescherming van de openbare orde die toepassing noodzakelijk maakte” een concrete toetsing in het voorliggende geschil af. De Hoge Raad gaat nog een stap verder door te overwegen dat:

... daarom zal moeten worden aangenomen dat naar de bedoeling van het aldaar bepaalde (artikel 9 lid 2 EVRM – JdW) de inhoud van den norm waarin een op zich zelf gewettigde beperking van enige in het Verdrag gewaarborgde vrijheid is neergelegd, in beginsel aan een rechterlijke beoordeling is onttrokken en voor de verantwoording moet blijven van den nationalen wetgever;¹²²

Aansluitend argumenteert de Hoge Raad dat de rechter slechts zal oordelen dat een bepaalde regeling onverenigbaar is met het verdragsartikel, als hij oordeelt dat “het ten enenmale ondenkbaar zou moeten worden geacht dat een wetgever [...] een zodanige regeling in redelijkheid zou kunnen

¹²¹ HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107, m.nt. B.V.A. Röling, p. 420 r.k.

¹²² HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107, m.nt. B.V.A. Röling, p. 420 r.k.-421 l.k.

treffen”.¹²³ Met de woorden van annotator Röling heeft de Hoge Raad “bij deze beslissing de rechterlijke toetsingsmogelijkheid wel zeer beperkt”.¹²⁴ De Hoge Raad ziet niet alleen af van een concrete toetsing of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de verdragsbepaling, maar minimaliseert ook de abstracte toetsingsbevoegdheid van de rechter. De Hoge Raad laat de beantwoording van de vraag of de beperking van de grondrechten past binnen de grenzen van artikel 9 lid 2 EVRM nagenoeg geheel aan de wetgever. Hij lijkt daarmee de rechterlijke toetsingsbevoegdheid zoals gecodificeerd in het toetsingsartikel zeer beperkt uit te leggen. Deze beperkte uitleg zou tot gevolg hebben dat de rol van de rechter bij het beschermen van de rechten die het internationale recht waarborgt, zeer gering zou zijn. Daarnaast zou de rol van de rechter bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht ook uiterst klein zijn.

In de navolgende jaren blijkt dit arrest van de Hoge Raad op zichzelf te staan. De Hoge Raad herhaalt zijn oordeel waarin hij de toetsingsbevoegdheid van de rechter op grond van het toetsingsartikel marginaliseert, niet. Waarom de Hoge Raad in dit arrest afwijkt van zijn oordeel in het Bidprentjesarrest en na dit arrest in het Huifkararrest weer kiest voor dezelfde motivering als in het Bidprentjesarrest, is niet duidelijk. Wellicht hangt dit samen met het feit dat de vrijheid van godsdienst in het geding is en dat de bestreden nationale bepaling een grondwetsbepaling is. Ik laat deze zeker niet oninteressante vraag verder rusten, omdat over het antwoord op deze vraag slechts kan worden gespeculeerd.

Uit de drie besproken arresten zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de Hoge Raad de uiterst voorzichtige houding bij het toetsen van nationaal recht aan een ieder verbindende verdragsbepalingen inneemt bij alle soorten nationale regelgeving. In het arrest Processieverbod Geertruidenberg II gaat het om de toetsing van een grondwetsartikel aan een verdragsbepaling. In het Bidprentjesarrest is de verenigbaarheid van

¹²³ HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107, m.nt. B.V.A. Röling, p. 421 l.k.

¹²⁴ HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107, m.nt. B.V.A. Röling, p. 424 r.k.

Artikel 94 Grondwet toegepast

een bepaling van een wet in formele zin met een verdragsbepaling in het geding. En in het Huifkararrest betreft het de toetsing van een bepaling van een provinciale verordening aan de een ieder verbindende verdragsbepaling.

Echter, al voor het oordeel van de Hoge Raad in het geschil over café-restaurant De Huifkar laat de Hoge Raad in een andere zaak lagere regelgeving wegens onverenigbaarheid met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling buiten toepassing. In deze zaak toetst de Hoge Raad een artikel van het Wegenverkeersreglement aan het Verdrag van Genève nopens het wegverkeer en een daarop berustende regionale overeenkomst.¹²⁵ Het Wegenverkeersreglement is een algemene maatregel van bestuur waarin bepalingen van de Wegenverkeerswet nader zijn uitgewerkt.¹²⁶ In dit arrest beantwoordt de Hoge Raad in drie opeenvolgende alinea's de drie analysevragen waarvoor hij zich gesteld ziet, als de rechtszoekende niet alleen bescherming zoekt in nationale regelgeving, maar zich ook beroept op bepalingen van internationaal recht. De Hoge Raad overweegt:

... dat, indien in een geval waarin genoemde bepalingen van Verdrag en Overeenkomst toepasselijk zijn, feiten worden te laste gelegd en bewezen verklaard die een overtreding van genoemde bepaling van het W.V.R., doch niet tevens een overschrijding van het hetgeen bij genoemde bepalingen van Verdrag en Overeenkomst is toegestaan, inhouden, de toepassing van genoemde bepalingen van het W.V.R. niet verenigbaar is met genoemde bepalingen van Verdrag en Overeenkomst;

dat genoemde bepalingen van Verdrag en Overeenkomst naar haar aard voor rechtstreekse toepassing in aanmerking komen, derhalve zijn „een ieder verbindende bepalingen van overeenkomsten” in den zin van art. 66 Gw.;

dat mitsdien genoemde bepaling van het W.V.R. geen toepassing vindt t.a.v. het bij het bestreden vonnis bewezenverklaarde en dit bewezen-

¹²⁵ Verdrag nopens het wegverkeer van 19 september 1949, *Trb.* 1951, 81 en de Europese Overeenkomst houdende toepassing van art. 23 van het Verdrag, betreffende de afmetingen en gewichten der op bepaalde wegen van de Overeenkomstsluitende Partijen toegelaten voertuigen, *Trb.* 1954, 125.

¹²⁶ Wegenverkeersreglement, 28 Augustus 1950, *Stb.* 1950, K 377.

verklaarde niet oplevert het strafbare feit van overtreding van genoemde bepaling van het W.V.R.¹²⁷

Uit de eerste alinea blijkt dat de Hoge Raad de derde vraag of de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde verdragsbepalingen, positief beantwoordt. In de tweede alinea beantwoordt de Hoge Raad de vraag of de ingeroepen verdragsbepalingen een ieder verbindend zijn, positief. De derde alinea maakt duidelijk dat de Hoge Raad de ingeroepen verdragsbepalingen van toepassing acht op het geschil, omdat de daarmee onverenigbare bepalingen van het Wegenverkeersreglement geen toepassing mogen vinden.

Over dit arrest kan niet worden gezegd dat de Hoge Raad en de lagere rechters, die nagenoeg gelijklopend hebben geoordeeld, terughoudend zijn bij de toetsing van nationale bepalingen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen.

Ook de Afdeling rechtspraak van de Raad van State laat rond 1980 een aantal maal lagere regelgeving buiten toepassing wegens strijd met een ieder verbindende verdragsbepalingen.¹²⁸ Ook in deze uitspraken is, evenals in het zojuist besproken arrest van de Hoge Raad, geen sprake van terughoudendheid bij de toetsing van nationale bepalingen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. De Afdeling schroomt niet om nationale bepalingen buiten toepassing te laten wegens onverenigbaarheid met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling. De uitspraak Antenneverbod Leerdam kan als voorbeeld dienen. Ter illustratie zal deze uitspraak worden besproken, ook omdat in deze uitspraak opnieuw de invulling van het begrip openbare orde van artikel 10 lid 2 EVRM aan de orde is.

De Leerdamse bouwverordening bevatte in 1978 een verbodsbepaling voor het oprichten van een antenne bij één enkele woning als naar deze woning centraal antenne-energie kon worden gedistribueerd. Een inwoner

¹²⁷ HR 28 november 1961, *NJ* 1962, 90, m.nt. B.V.A. Röling, p. 343 r.k.

¹²⁸ ARRS 10 oktober 1978, *AA* 1979, p. 477; ARRS (vz.) 10 mei 1979, *AB* 1979, 472, m.nt. J.H. van der Veen; ARRS 31 juli 1979, *AB* 1979, 539, m.nt. J.H. van der Veen; ARRS 31 maart 1981, *AB* 1981, 415, m.nt. J.H. van der Veen.

Artikel 94 Grondwet toegepast

van Leerdam met een op het centraal antennesysteem aangesloten woning wil ondanks de genoemde verbodsbepaling een antenne op zijn huis plaatsen om buitenlandse zenders te kunnen ontvangen die niet via het centraal antennesysteem worden doorgegeven. Tijdens de zitting stelt hij dat de bepaling van de bouwverordening in strijd is met artikel 10 EVRM. Volgens artikel 10 EVRM omvat de vrijheid van meningsuiting niet alleen de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te verstrekken, maar ook de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen. Het verbod om individueel een antenne te plaatsen die het mogelijk maakt andere zenders te ontvangen dan het centraal antennesysteem distribueert, vormt een beperking van dit onderdeel van de vrijheid van meningsuiting.¹²⁹ Het college van burgemeester en wethouders van Leerdam ontkent dit niet, maar stelt zich op het standpunt dat deze beperking in het licht van artikel 10 lid 2 EVRM geoorloofd is. Volgens het college is het voorkomen van het massaal oprichten van antennes die de woonomgeving ontsieren, noodzakelijk in een democratische samenleving in het belang van de openbare orde. De Afdeling volgt deze zienswijze niet, omdat er niet op grote schaal individuele antennes zullen worden aangebracht als de woningen zijn aangesloten op een centraal antennesysteem. Aansluitend overweegt de Afdeling:

In verband hiermede is de Afdeling van oordeel dat het in artikel 265, tweede lid, van de bouwverordening vervatte verbod verder strekt dan in een democratische samenleving nodig is ter bescherming van de openbare orde. Nu voorts de overige in artikel 10, tweede lid, van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheid genoemde belangen niet in het geding zijn, acht de Afdeling voornoemde bepaling in de bouwverordening in strijd met dit verdrag, zodat die bepaling buiten toepassing dient te blijven.¹³⁰

De Afdeling kiest, anders dan de Hoge Raad in het Bidprentjesarrest en het Huifkararrest, niet voor een zeer ruime invulling van het begrip openbare orde en oordeelt dat de bepaling van de Leerdamse verordening geen toepassing kan vinden.

¹²⁹ ARRS 10 oktober 1978, *AA* 1979, p. 477, p. 479 l.k.

¹³⁰ ARRS 10 oktober 1978, *AA* 1979, p. 477, p. 479 r.k.

Afronding

Bij de beantwoording van de vraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling, lijkt van belang te zijn welk soort nationale bepaling in het geding is. De Hoge Raad, de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en de lagere rechters oordelen meerdere malen dat de toepassing van lagere regelgeving niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen.

De opstelling van de Hoge Raad bij de vraag of de toepassing van een nationale bepaling van een wet in formele zin niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling, is terughoudender. Tot 1980 oordeelt de Hoge Raad niet dat een bepaling van een formele wet onverenigbaar is met een verdragsbepaling.¹³¹ Uit de besproken rechtspraak is naar voren gekomen dat het oordeel van de lagere rechter, de advocaat-generaal en de Hoge Raad niet altijd eensluidend is. De lagere rechters en de advocaten-generaal stellen zich regelmatig minder terughoudend op bij het gebruiken van de bevoegdheid die het toetsingsartikel hun biedt. Zij oordelen een enkele keer dat de nationale bepaling van een formele wet niet verenigbaar is met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling. De Hoge Raad echter lijkt zich in het Bidprentjesarrest en het arrest Processieverbod Geertruidenberg II tot het uiterste in te spannen om niet te hoeven oordelen dat een bepaling van een wet in formele zin of de Grondwet niet verenigbaar is met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling. In het Bidprentjes-

¹³¹ In HR 25 april 1967, *NJ* 1968, 63, m.nt. D. v. Eck onder *NJ* 1968, 64, lijkt de Hoge Raad, door het in stand laten van het oordeel van de kantonrechter dat artikel 85 lid 1 Wet op de Noodwachten niet verenigbaar is met artikel 4 EVRM, toch te oordelen dat een nationale bepaling van een wet in formele zin niet verenigbaar is met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling. Dit is echter niet het geval. De Hoge Raad kan zich over dit oordeel van de kantonrechter niet uitspreken, omdat alleen de officier van justitie cassatie heeft ingesteld en deze heeft in het cassatiemiddel niet geklaagd over dit onderdeel van de uitspraak van de kantonrechter. In HR 30 mei 1967, *NJ* 1968, 64, m.nt. D. v. Eck, spreekt de Hoge Raad expliciet uit dat hij de bepalingen van de Wet op de Noodwachten niet onverenigbaar oordeelt met een aantal verdragsbepalingen van het EVRM. De Hoge Raad oordeelt dat de noodwachtdienst niet valt onder de reikwijdte van artikel 4 EVRM, omdat de noodwachtdienst valt onder de in artikel 4 EVRM genoemde uitzonderingen.

Artikel 94 Grondwet toegepast

arrest doet de Hoge Raad dit door de beperkingen die op een verdragsgrondrecht mogen worden aangebracht, zeer ver op te rekken. Dit heeft, evenals het minimaliseren van de reikwijdte van een grondrecht, tot gevolg dat de (grond)rechten die de verdragsbepalingen beogen te beschermen, worden ‘verstikt’.¹³² In het arrest *Processieverbod Geertruidenberg II* beperkt de Hoge Raad de hem toegekende toetsingsbevoegdheid van een nationale bepaling aan een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling verregaand.

De rol van de rechter bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht blijft door de uitspraken van de Hoge Raad minimaal. Daarnaast maakt de opstelling van de Hoge Raad het beroep van partijen op een schending van het internationale recht tevergeefs. Nederland voldoet hierdoor zeer waarschijnlijk niet of in elk geval niet volledig aan de eisen die de internationale rechtsorde stelt.

3.5.4 Twee bijzondere uitspraken

Na de behandeling van de rechtspraak aan de hand van de drie analysevragen moeten, voor dit hoofdstuk kan worden afgesloten, nog twee uitspraken worden besproken. In deze twee uitspraken lijkt de rechter zich anders op te stellen dan in de tot nu toe behandelde uitspraken uit de periode 1960 – 1979. Het betreft een uitspraak van het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en een arrest van de Hoge Raad.

De uitspraak van het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen dateert van 6 februari 1968. Voor een goed begrip van dit vonnis van het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen sta ik kort stil bij twee regels van het staatsrecht van de Nederlandse Antillen. Ten eerste, de artikelen 93 en 94 van de Grondwet zijn verbindend voor de Nederlandse Antillen, omdat deze artikelen op grond van artikel 5, eerste lid, van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden tot het koninkrijksrecht behoren.¹³³ Ten

¹³² Van Dijk 1988, p. 182; zie ook par. 3.5.2.

¹³³ Van Rijn 1999, p. 121.

tweede, landsverordeningen zijn de hoogste vorm van regelgeving in het autonome staatsrecht van de Nederlandse Antillen. Landsverordeningen worden vastgesteld door de regering en Staten gezamenlijk. De regering en Staten vormen samen de formele wetgever. Landsverordeningen zijn derhalve wetten in formele zin.¹³⁴

In deze zaak wordt een verdachte vervolgd voor het houden van een toespraak op de openbare weg zonder voorafgaande schriftelijke vergunning van het plaatselijke hoofd van politie van het eilandgebied Curaçao. De verdachte heeft door zijn handelen twee wettelijke voorschriften overtreden. Een van de overtreden bepalingen is het eerste lid van artikel 1 van de Verordening van de 22^{ste} juni 1933, houdende bepalingen omtrent de uitoefening van het recht van vergadering. Dit artikel codificeert een verbod om in de open lucht een toespraak voor publiek te houden zonder voorafgaande schriftelijke vergunning van het betrokken plaatselijke hoofd van politie. De genoemde verordening is een landsverordening, dus een wet in formele zin. De andere overtreden bepaling is opgenomen in de Algemene Politieverordening voor Curaçao 1952. De Algemene Politieverordening is geen landsverordening, maar een eilandsverordening en daarmee geen wet in formele zin.

De verdachte heeft zich in zijn verweer beroepen op het recht van vrije meningsuiting zoals omschreven in artikel 19 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Het Hof van Justitie stelt het beroep van de verdachte op artikel 19 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens gelijk met een beroep op artikel 10 EVRM.¹³⁵ Aansluitend onderzoekt het Hof van Justitie of het recht van vrije meningsuiting zoals beschermd door artikel 10 EVRM, is geschonden. Het Hof van Justitie geeft door over te gaan tot dit onderzoek aan dat het de eerste twee analysevragen positief heeft beantwoord. Het Hof van Justitie acht artikel 10 EVRM naar haar inhoud een ieder verbindend en oordeelt dat de handeling van de verdachte, het houden van een toespraak op de openbare weg, valt onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM. Het onderzoek van het Hof

¹³⁴ Van Rijn 1999, p. 296.

¹³⁵ Hof van Justitie NA 6 februari 1968, NJ 1969, 128, p. 333 r.k.

Artikel 94 Grondwet toegepast

van Justitie richt zich op de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepalingen niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. Voor het antwoord op deze vraag moet het Hof van Justitie beoordelen of de beperkingen die de beide nationale bepalingen op de vrijheid van meningsuiting aanbrengen, binnen de grenzen van artikel 10 lid 2 EVRM blijven.

Over de bepaling van de Algemene Politieverordening oordeelt het Hof van Justitie dat deze bepaling noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van de openbare orde. De bepaling van de Algemene Politieverordening overschrijdt derhalve niet de grenzen van artikel 10 lid 2 EVRM. Het Hof van Justitie laat het bij deze abstracte toetsing en onderzoekt niet nader of de toepassing van de bepaling in dit specifieke geschil tot een ander oordeel noopt. Na het oordeel over de bepaling van de Algemene Politieverordening overweegt het Hof van Justitie:

... dat echter art. 1 Verordening van de 22^{ste} juni 1933 – waarvan de overtrekking hierboven mede bewezen werd geacht – die grenzen (van artikel 10 lid 2 EVRM – JdW) wel overschrijdt; [...]

O. dat noch uit de aard en de strekking van de verordening [...], noch uit de inhoud van de bepaling [...] een wettelijke beperking van het vergunningsbeleid tot binnen de grenzen van het tweede lid van art. 10 Verdrag van Rome is af te leiden; [...]

O. dat derhalve naar Nederlands Antilliaans recht ook in andere dan de in art. 10, lid 2 Verdrag van Rome genoemde gevallen een vergunning kan worden geweigerd of een verleende vergunning kan worden ingetrokken;¹³⁶

De inhoud van de bepaling en de aard en strekking van de verordening laten ruimte om een vergunning te weigeren of in te trekken in andere situaties dan op grond van artikel 10 lid 2 EVRM is toegestaan. Daarom oordeelt het Hof van Justitie dat:

¹³⁶ Hof van Justitie NA 6 februari 1968, NJ 1969, 128, p. 334.

... de verordening van de 22ste juni 1933 mitsdien in zoverre niet verbindend is;¹³⁷

Ook bij de toetsing van de bepaling van de landsverordening, evenals bij de toetsing van de bepaling van de Algemene Politieverordening, kijkt het Hof van Justitie niet of de grenzen van de beperkingen die artikel 10 lid 2 EVRM toelaat, in casu daadwerkelijk zijn overschreden. Het Hof van Justitie beperkt zich tot een abstracte toetsing en toetst niet of de toepassing van de bepaling in het concrete geval daadwerkelijk niet verenigbaar is met artikel 10 EVRM. Vanuit de bevoegdheid die het toetsingsartikel aan de rechter toekent, is dit naar mijn mening onjuist. Het gaat bij de toetsing van de nationale bepaling aan een ieder verbindende verdragsbepalingen, zoals in de parlementaire geschiedenis expliciet is besproken, niet slechts om de toetsing van het nationale aan het internationale recht. Er moet worden getoetst of de toepassing van de nationale bepaling in het voorliggende geval niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. Stel, de verdachte had wel voorafgaand aan zijn toespraak een vergunning aangevraagd en deze vergunning was hem op goede gronden in het belang van de openbare orde geweigerd. Mijns inziens zou de toepassing van de bepaling van de landsverordening dan niet onverenigbaar zijn geweest met artikel 10 EVRM. In dat geval zou de bepaling van de landsverordening toepassing hebben kunnen vinden.

In 1974 oordeelt de Hoge Raad voor de eerste keer dat het nationale formeelwettelijke recht niet verenigbaar is met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling.¹³⁸ In 1978 en 1981 herhaalt de Hoge Raad zijn oordeel uit 1974. Hierdoor kan niet worden gezegd dat de uitspraak van 1974 als een vergissing of uitzondering moet worden beschouwd.¹³⁹

¹³⁷ Hof van Justitie NA 6 februari 1968, *NJ* 1969, 128, p. 334 r.k. Het vonnis is na dit oordeel niet verder gepubliceerd in de Nederlandse Jurisprudentie. Of en zo ja, hoe zwaar de verdachte is gestraft voor het overtreden van het artikel van de Algemene Politieverordening voor Curaçao dat niet onverbindend werd verklaard, is mij daardoor niet bekend.

¹³⁸ HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272, m.nt. Th.W. van Veen.

¹³⁹ HR 10 oktober 1978, *NJ* 1979, 144; HR 1 december 1981, *NJ* 1982, 155, m.nt. Th.W. van Veen.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Naar mijn mening doorbreekt dit vonnis niet de lijn van de Hoge Raad om vóór 1980 geen bepalingen van wetten in formele zin onverenigbaar te oordelen met het internationale recht.

Een verdachte van een verkeersovertreding is gedagvaard te verschijnen ter terechtzitting bij de kantonrechter in Alkmaar. De verdachte verschijnt echter niet op de zitting. In de stukken die worden overgelegd, bevindt zich een in het Duits geschreven brief van de verdachte. In deze brief geeft de verdachte aan dat hij de inhoud van de dagvaarding niet begrijpt, omdat hij geen Nederlands spreekt. Hij vraagt om een in het Duits geschreven brief, waarin staat wat de bedoeling is van de brief die hij heeft ontvangen. De officier van justitie heeft op de brief van de verdachte geantwoord dat hij het verzoek in overweging heeft genomen, maar dat hij “geen termen [heeft] kunnen vinden daaraan te voldoen”.¹⁴⁰ De kantonrechter heeft de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering op grond van artikel 6 lid 3 onder a EVRM.

De officier van justitie tekent tegen het vonnis van de kantonrechter hoger beroep aan bij de rechtbank. Opnieuw verschijnt de verdachte niet op de zitting. De rechtbank concludeert dat de verdachte zowel de inleidende dagvaarding als de dagvaarding in hoger beroep niet heeft begrepen. Daarna overweegt de rechtbank dat uit de stukken niet is gebleken, dat is voldaan aan de eis die artikel 6 lid 3 onder a EVRM stelt. Aan de verdachte is namelijk niet in een voor hem verstaanbare taal medegedeeld waarvan hij wordt beschuldigd. Dit brengt de rechtbank tot het oordeel dat de dagvaarding in hoger beroep nietig moet worden verklaard.

De officier van justitie stelt van het vonnis van de rechtbank cassatie in. Hij doet dit niet omdat hij het oordeel van de rechtbank onjuist acht, maar, aldus de officier van justitie:

... omdat het hier om een uiterst principiële zaak gaat, waarin in het belang van de eenheid in de toepassing van het straf- en strafprocesrecht de uiteindelijke beslissing m.i. bij de HR behoort te liggen.¹⁴¹

¹⁴⁰ HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272, m.nt. Th.W. van Veen, p. 719 l.k.

¹⁴¹ HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272, m.nt. Th.W. van Veen, p. 717 r.k.

Lagere rechters hebben tegenstrijdige uitspraken gedaan over de strekking van artikel 6 lid 3 onder a EVRM. Zo oordeelde de Kantonrechter Den Helder in 1968:

... dat deze verdragsbepaling [...] zich echter niet uitlaat over de wijze, waarop deze informatie moet worden verstrekt en met name niet eist, dat de dagvaarding wordt gesteld in een taal, welke de verdachte verstaat, zodat het beroep op de nietigheid van de dagvaarding reeds op deze grond moet worden verworpen.¹⁴²

De Rechtbank Amsterdam, de Rechtbank 's-Gravenhage en het Gerechtshof 's-Hertogenbosch hebben hetzelfde oordeel uitgesproken als de kantonrechter in Den Helder.¹⁴³ De rechtbanken in Breda en Rotterdam hebben daarentegen geoordeeld dat de dagvaarding wel nietig moet worden verklaard.¹⁴⁴ Advocaat-generaal Kist vraagt zich in zijn conclusie af of het niet verstrekken van een vertaling van de dagvaarding een schending van artikel 6 lid 3 onder a EVRM inhoudt:

Het voorschrift waarop de Rb. zich beroept is een nogal vage norm, die dunkt mij, meer als een principe is te beschouwen, een principe, dat op

¹⁴² Ktr. Den Helder, 24 december 1968, *Verkeersrecht* 1969 nr. 20, p. 38. In een van de eerste overwegingen van dit vonnis legt de kantonrechter uit waarom het vonnis twee weken later is gewezen dan de datum die bij het onderzoek ter zitting was aangekondigd. "O. dat bij de voorbereiding van het vonnis evenwel is gebleken, dat noch ter griffie van het Kantongerecht te Den Helder, noch ter griffie of ten parkette van de Rechtbank te Alkmaar een exemplaar van de tekst van het Verdrag van Rome, d.d. 4 november aanwezig was, zodat deze onmisbare studiebron van het ministerie van Justitie uit 's-Gravenhage moest worden betrokken en Wij op grond daarvan voor wat betreft de niet-naleving van art. 345 lid 3 van Strafvordering (In geen geval mag de uitspraak later plaats vinden dan op de veertienden dag na de sluiting van het onderzoek. – JdW) een beroep op overmacht menen te mogen doen."

Het mag op z'n minst opmerkelijk worden genoemd dat bijna vijftien jaar na de inwerkingtreding van het EVRM in Nederland op 31 augustus 1954 en ruim achttien jaar na de totstandkoming (4 november 1950) de tekst van het EVRM nog niet bij alle Nederlandse gerechten aanwezig was.

¹⁴³ Rb. Amsterdam 19 mei 1971, *NJ* 1971, 361; Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1971, niet gepubliceerd, ontleend aan conclusie A-G Kist; HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272, m.nt. Th.W. van Veen; Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 1972, *NJ* 1972, 263.

¹⁴⁴ Rb. Breda 26 april 1971, rol.nr. 1411-71 en Rb. Rotterdam 3 mei 1971, rol.nr. 383-71. Beide uitspraken zijn ontleend aan Kuitenbrouwer 1971, p 468-469.

Artikel 94 Grondwet toegepast

vele verschillende wijzen nader kan worden uitgewerkt. [...] waar de inhoud van het artikel zo vaag is en niet aangeeft op welke wijze het beginsel in het nationale strafprocesrecht behoort te zijn vervat, is exacte toetsing moeilijk. [...] Zoals reeds gezegd ligt hier m.i. eigenlijk meer een taak voor de wetgever dan voor de rechter. Deze laatste kan thans slechts zeer globaal toetsen of het Verdragsartikel is in acht genomen, hetgeen tot gevolg kan hebben, dat niet spoedig schending van het Verdrag wordt aan genomen.¹⁴⁵

Met zijn conclusie dat de rechter mag toetsen aan het verdragsartikel geeft advocaat-generaal Kist impliciet een positief antwoord op de eerste twee analysevragen. Als de rechter mag toetsen aan het verdragsartikel, dan is de ingeroepen verdragsbepaling een ieder verbindend en valt het geschil onder de reikwijdte van de ingeroepen verdragsbepaling. Gezien zijn opmerking dat de inhoud van het artikel vaag is en dat niet is aangegeven hoe het beginsel in het nationale strafprocesrecht moet zijn vervat, lijkt hij meer te voelen voor een negatief antwoord op de eerste analysevraag. Dat blijkt ook uit het vervolg van zijn conclusie waarin hij zegt, dat de nationale wetgever verantwoordelijk is voor het uitwerken van het principe dat in artikel 6 EVRM is neergelegd. Aansluitend geeft hij aan dat hij niet wil ontkennen, dat nationale wetgeving moet worden getoetst aan artikel 6 lid 3 EVRM, omdat dit een geldend voorschrift is.¹⁴⁶ Kist wekt de schijn dat hij eigenlijk liever zou concluderen, dat artikel 6 lid 3 onder a EVRM niet een ieder verbindend is. Uiteindelijk stelt de advocaat-generaal dat de EVRM-bepaling niet verplicht tot het vertalen van de dagvaarding. Er is dus sprake van een geldige dagvaarding die ten onrechte nietig is verklaard, waardoor het vonnis niet in stand kan blijven. Naar de mening van de advocaat-generaal heeft de verdachte wel kunnen begrijpen waarop het stuk betrekking had, omdat hij in de aanhef van zijn brief aan de officier van justitie verwijst naar het “Verkehrsunfall vom 28.7.1971”. Op grond van deze constatering concludeert de advocaat-generaal dat artikel 6 lid 3 onder a EVRM niet is geschonden.

¹⁴⁵ HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272, m.nt. Th.W. van Veen, p. 720.

¹⁴⁶ HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272, m.nt. Th.W. van Veen, p. 720.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de advocaat-generaal niet. De Hoge Raad vernietigt wel het vonnis van de Rechtbank Alkmaar, maar doet dit op andere gronden dan de advocaat-generaal aanvoert. De Hoge Raad oordeelt dat de rechtbank heeft vastgesteld dat de verdachte de inleidende dagvaarding niet heeft begrepen. Deze vaststelling is in cassatie onaantastbaar, omdat dit een vaststelling van feitelijke aard betreft. Verder is de rechtbank ervan uitgegaan, omdat, aldus de Hoge Raad, het tegendeel niet is gebleken, dat de verdachte niet in een voor hem verstaanbare taal is geïnformeerd over de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Daarom is niet voldaan aan de eis die artikel 6 lid 3 onder a EVRM stelt. Daarna oordeelt de Hoge Raad:

... dat niet valt in te zien waarom het niet nakomen van voormelde verdragsbepaling – welke niet vordert dat de daarin bedoelde informatie in of bij de dagvaarding wordt verstrekt – de nietigheid van een overigens geldige dagvaarding zou medebrengen;¹⁴⁷

De Hoge Raad oordeelt dat artikel 6 EVRM is geschonden. Dit maakt echter de dagvaarding niet nietig, omdat artikel 6 lid 3 EVRM niet eist dat de dagvaarding is opgesteld in een taal die de verdachte begrijpt. Artikel 6 EVRM laat, naar het oordeel van de Hoge Raad, ruimte om de verdachte op een andere manier en op een ander moment dan bij de dagvaarding te informeren over de tegen hem ingebrachte beschuldiging.¹⁴⁸ De Hoge Raad lijkt na de positieve beantwoording van de eerste en de tweede analysevraag, ook de derde analysevraag – Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? – positief te beantwoorden. Heel bewust heb

¹⁴⁷ HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272, m.nt. Th.W. van Veen, p. 719 r.k.

¹⁴⁸ In de literatuur heerst hierover geen consensus. Binsbergen en Brongersma zijn van mening dat het in de dagvaarding vermelden van de strafbepaling waarop de vervolging berust “meer in overeenstemming zou zijn met de geest en strekking van art. 6 lid 3 a en b der Conventie van Rome. [...] Wetswijziging zou hiertoe niet vereist zijn, omdat geen enkele bepaling in ons strafprocesrecht vermelding van de toepasselijk geachte wettelijke bepaling verbiedt.”, Binsbergen & Brongersma 1967, p. 242. Bronkhorst meent dat een wijziging van artikel 261 Sv in overweging moet worden genomen, omdat hij twijfelt of een advies aan het Openbaar Ministerie voldoende effect zal sorteren, HR 16 januari 1968, *NJ* 1968, 378, m.nt. C. Bronkhorst.

Artikel 94 Grondwet toegepast

ik gekozen voor de formulering: De Hoge Raad *lijkt*. De Hoge Raad spreekt expliciet uit dat de verdragsbepaling is geschonden, maar zegt niet welke nationale bepaling onverenigbaar is met het verdragsartikel. De Hoge Raad overweegt aansluitend hoe de schending van artikel 6 EVRM ongedaan moet worden gemaakt, maar noemt geen nationale bepaling die op grond van het toetsingsartikel geen toepassing behoort te vinden:

... dat evenwel op grond van die bepaling, welke de belangen van de verdediging beoogt te beschermen, moet worden aangenomen dat de rechter, aan wie blijkt van een daarmede strijdige vervolging, die vervolging dient te schorsen, opdat alsnog de in die bepaling bedoelde informatie wordt verstrekt;¹⁴⁹

In de woorden van annotator Van Veen schept de Hoge Raad met deze uitspraak nieuw procesrecht. De Hoge Raad vult een lacune in het nationale procesrecht. Hij voegt aan de vier in het Wetboek van Strafvordering gecodificeerde gronden waarin de vervolging geschorst dient te worden, een vijfde schorsingsgrond toe: schorsing van de vervolging als de vervolging in strijd is met artikel 6 lid 3 EVRM. Het is onduidelijk waarom de Hoge Raad niet kiest voor de schorsing van het onderzoek ter terechtzitting. Dat is namelijk de oplossing in het Wetboek van Strafvordering als de verdediging van de verdachte in het gedrang dreigt te komen.¹⁵⁰

Bijna dertig jaar later, in 2002, kiest de Hoge Raad alsnog de oplossing die in 1974 al meer voor de hand liggend leek.

Niet-naleving van verdragsverplichtingen betreffende bijvoorbeeld de taal waarin de dagvaarding moet zijn gesteld en de termijn welke bij de verzending in acht behoort te worden genomen, leidt niet tot nietigheid van de dagvaarding. Wel kan dit grond vormen voor de hierna [...] te behandelen schorsing van het onderzoek ter terechtzitting.¹⁵¹

¹⁴⁹ HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272, m.nt. Th.W. van Veen, p. 719 r.k.

¹⁵⁰ HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272, m.nt. Th.W. van Veen, p. 721 r.k.; zie ook artikel 372 en 394 van het Wetboek van Strafvordering.

¹⁵¹ HR 12 maart 2002, *NJ* 2002, 317, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 3.20, sub d.

De Hoge Raad wijzigt in het vonnis van 2002 het door hem zelf in 1974 geschapen en in 1978 en 1981 toegepaste jurisprudentierecht.¹⁵² In de jaren na 2002 bevestigt de Hoge Raad dit nieuwe jurisprudentierecht een aantal malen, waardoor met zekerheid kan worden gezegd dat ook het vonnis uit 2002 geen vergissing was.¹⁵³

Ik keer nu terug naar mijn stelling dat de Hoge Raad met het vonnis uit 1974 de lijn om geen nationale bepalingen van wetten in formele zin onverenigbaar te oordelen met een ieder verbindende verdragsbepalingen, niet doorbreekt. In het besproken vonnis uit 1974 toetst de Hoge Raad aan artikel 6 lid 3 EVRM en oordeelt hij dat de eis die dit artikellid stelt, niet wordt nageleefd. Dit leidt tot een schending van artikel 6 EVRM. De Hoge Raad beëindigt de onverenigbaarheid met artikel 6 EVRM door te bepalen dat de vervolging dient te worden geschorst. Bij dit oordeel wordt echter geen nationale bepaling van een wet in formele zin buiten toepassing gelaten, omdat de onverenigbaarheid met artikel 6 lid 3 EVRM geen gevolg is van de toepassing van een nationale bepaling. Artikel 6 lid 3 EVRM is geschonden door een lacune in het Nederlandse strafprocesrecht. Strikt genomen is de stelling verdedigbaar dat het toetsingsartikel niet op dit geschil van toepassing is. Er zijn geen binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften die buiten toepassing dienen te worden gelaten, omdat de toepassing van deze wettelijke voorschriften niet verenigbaar is met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling. De rechter kan in dit geval de rechten van partijen naar de eisen die het internationale recht stelt, beschermen zonder een bepaling van een wet in formele zin buiten toepassing te laten.

Afronding

Het vonnis van het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen van 6 februari 1968 is de enige uitspraak van vóór 1970 waarin de rechter een

¹⁵² HR 10 oktober 1978, *NJ* 1979, 144; HR 1 december 1981, *NJ* 1982, 155, m.nt. Th.W. van Veen.

¹⁵³ HR 18 april 2006, *NJ* 2006, 275, r.o. 3.4; HR 16 januari 2007, *NJ* 2007, 68, r.o. 3.4; HR 6 november 2007, *NJ* 2007, 599, r.o. 3.5.

Artikel 94 Grondwet toegepast

bepaling van een wet in formele zin onverbindend heeft verklaard, omdat deze bepaling niet verenigbaar is met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling.¹⁵⁴ De vraag of de Hoge Raad dit vonnis in stand zou hebben gelaten als cassatieberoep zou zijn ingesteld, zal onbeantwoord blijven.¹⁵⁵

Van het Hof van Justitie kan worden gezegd dat het zich al in 1968 niet terughoudend opstelt bij het beantwoorden van de vraag of een nationale bepaling niet verenigbaar is met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling. Eerst kiest het Hof van Justitie voor een ambtshalve toetsing aan artikel 10 EVRM door het beroep op artikel 19 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens gelijk te stellen aan een beroep op een schending van artikel 10 EVRM. Het onomwonden oordeel dat de nationale bepaling onverbindend is wegens onverenigbaarheid met artikel 10 EVRM, kan anno 1968 opvallend worden genoemd. Het Hof van Justitie beschermt met dit oordeel de rechten van partijen naar de maatstaven van het internationale recht en hij geeft een duidelijk signaal aan de wetgever door te oordelen dat een bepaling van een landsverordening onverbindend is. Het Hof van Justitie vervult al in 1968 een actieve rol bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. De opener houding van de Antilliaanse rechter tegenover het internationale recht zou kunnen worden verklaard door de geringere regeldichtheid en de vele gedateerde wetgeving in de Nederlandse Antillen.¹⁵⁶

Een actievere rol van de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht is ook zichtbaar in de uitspraak van de Hoge Raad over de schending van artikel 6 EVRM. De Hoge Raad beschermt de rechten van partijen volgens de eisen van het internationale recht. De opstelling van de Hoge Raad in deze uitspraak is

¹⁵⁴ Meuwissen 1971, p. 40.

¹⁵⁵ In principe is het mogelijk om van een vonnis van het Hof van Justitie cassatie in te stellen bij de Hoge Raad (der Nederlanden) in 's-Gravenhage. Dit vonnis behoort niet tot de uitzonderingen waarvan geen cassatie mogelijk is, artikel 10 e.v. van de Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen.

¹⁵⁶ Loth 1998, p. 147-148.

minder terughoudend dan bij de eerder besproken uitspraken, waarbij de toepassing van nationale bepalingen van wetten in formele zin werd bestreden. Is het minder moeilijk voor de Hoge Raad om een lacune in de formele wet te dichten, dan om een bepaling van een wet in formele zin buiten toepassing te laten?

In deze uitspraak spreekt de Hoge Raad zich duidelijk uit over de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht en draagt hij actief bij aan het beëindigen van de onverenigbaarheid. In die zin mag dit een bijzondere uitspraak worden genoemd. Deze uitspraak lijkt, samen met een aantal uitspraken van lagere rechters aan het einde van de jaren '70 van de vorige eeuw, een verandering aan te kondigen in de manier waarop de rechter invulling geeft aan zijn bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.¹⁵⁷

3.6 Tot besluit

In het tijdvak dat in de Grondwet geen bepaling is opgenomen die aan de rechter bevoegdheden toekent bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht, is de rol die de rechter zichzelf op dit terrein toedeelt, betrekkelijk gering. Hoewel het algemeen is aanvaard dat de rechter een oudere wet mag toetsen aan een jonger verdrag, stelt de rechter zich bij deze toetsing terughoudend op. Vóór 1953 oordeelt de Hoge Raad geen enkele keer dat een bepaling van een oudere wet niet verenigbaar is met een jongere verdragsbepaling. De Hoge Raad volgt in deze uitspraken de mening van de wetgever over de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. Ook bij de toetsing van jongere bepalingen van wetten in formele zin aan oudere verdragen laat de rechter het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht tot 1953 grotendeels aan de wetgever. Door te redeneren vanuit de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving en door de voorbehouden op deze presumptie restrictief te interpreteren speelt de rechter een marginale rol bij het beoordelen van de

¹⁵⁷ Myjer 1980, p. 24-29.

Artikel 94 Grondwet toegepast

verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. Slechts sporadisch levert de rechter een bijdrage aan het effectueren van de doorwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde door de werking van het nationale recht ten faveure van het internationale recht te verminderen.

Als bij de grondwetswijziging van 1953 een bevoegdheid voor de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht in de Grondwet wordt opgenomen, is dit, op een enkele uitzondering na, niet direct zichtbaar in de rechtspraak. De rechter blijft zich terughoudend opstellen bij het toetsen van nationale bepalingen van wetten in formele zin aan het internationale recht. De doorwerking van het internationale recht wordt gemarginaliseerd door de reikwijdte van de verdragsbepalingen te verkleinen of door de beperkingsmogelijkheden die op de verdragsbepalingen kunnen worden aangebracht, ruim uit te leggen. In de jaren '60 van de vorige eeuw laat de Hoge Raad het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht nog zoveel mogelijk aan de wetgever. Samenvattend kan worden gezegd dat de rol van de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht vanaf het ontstaan van het Koninkrijk der Nederlanden tot het midden van de jaren '70 van de vorige eeuw zeer beperkt is.

In de loop van de jaren '70 lijkt zich een verandering aan te kondigen in de wijze waarop de rechter zijn bevoegdheden bij het waarborgen van het nationale met het internationale recht invult. In 1974 oordeelt de Hoge Raad voor de eerste keer dat het nationale recht niet verenigbaar is met het internationale recht. De Hoge Raad ontwerpt zelf een regeling om de onverenigbaarheid met het internationale recht te beëindigen. De Hoge Raad draagt op deze manier actief bij aan het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

De volgende hoofdstukken waarin de jurisprudentie vanaf 1980 zal worden geanalyseerd, zullen tonen of de verandering die zich lijkt aan te kondigen, doorzet.

4 De rechtspraak in het privaatrecht vanaf 1980

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk en het volgende hoofdstuk wordt de analyse van de jurisprudentie voortgezet. Beide hoofdstukken behandelen de rechtspraak over de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht uit de periode vanaf 1980. Hoofdstuk 5 is gereserveerd voor de rechtspraak in het publiekrecht. In dit hoofdstuk zal de rechtspraak in het privaatrecht, hoofdzakelijk in het familierecht, worden geanalyseerd. In beide hoofdstukken wordt een antwoord gezocht op de volgende centrale vragen van het onderzoek:

Hoe geeft de rechter invulling aan zijn bevoegdheid bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht?

Hoe geeft de rechter invulling aan zijn bevoegdheid bij het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht?

In de volgende paragraaf wordt de rechtspraak nog in chronologische volgorde behandeld. Deze paragraaf, paragraaf 4.2, zal tonen dat de aan het einde van de jaren '70 voorzichtig ingezette verandering in de opstelling van de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht een vervolg krijgt. De rechter oordeelt na 1980 met enige regelmaat dat de toepassing van een nationale bepaling niet verenigbaar is met een verdragsbepaling. In andere woorden de rechter beantwoordt de derde analysevraag vaker positief. Dit maakt het formuleren van een vierde analysevraag zinvol, namelijk de vraag: Beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? Zo ja, op welke wijze?

De chronologie als ordeningscriterium voor de behandeling van de jurisprudentie wordt om redenen van overzichtelijkheid na paragraaf 4.2 verlaten en vervangen door een bespreking van de jurisprudentie aan de hand van een aantal leerstukken en specifieke wetsartikelen. In de achtereenvolgende paragrafen wordt de rechtspraak behandeld over de erkenning van

natuurlijke kinderen, paragraaf 4.3, de wetting van natuurlijke kinderen, paragraaf 4.4, het gezag over minderjarige kinderen, paragraaf 4.5, en de geslachtsnaam van minderjarige kinderen, paragraaf 4.6.

4.2 Drie uitspraken uit de periode 1980 – 1984

De jaren tachtig zijn nog maar nauwelijks begonnen als de Hoge Raad op 18 januari 1980 een beschikking geeft die in het kader van dit onderzoek niet onbesproken mag blijven. Op 16 november 1974 bevalt een ongehuwde moeder van een niet-erkend dochtertje dat ook na de bevalling niet wordt erkend. Het meisje is, op basis van het ten tijde van de geboorte geldende familierecht, geen wettig maar een natuurlijk kind van de moeder, omdat het buiten het huwelijk is geboren. De moeder is van rechtswege voogdes over het meisje. De zus van de moeder, een tante van het meisje, wordt door de kantonrechter benoemd tot toeziend voogdes. Vlak voordat het meisje vier jaar wordt, overlijdt haar moeder. De tante verzoekt de kantonrechter in Nijmegen na het overlijden van haar zus het toeziend voogdijschap over haar nichtje om te zetten in voogdijschap. De kantonrechter overweegt bij de afwijzing van het verzoek van de tante “dat het niet in het belang van de minderjarige voorkomt, dat verzoekster wordt belast met de voogdij”.¹ Aansluitend benoemt de kantonrechter in een andere beschikking de Stichting voor Jeugd en Gezin tot voogdes over het minderjarige meisje.

De tante stelt tegen deze beide beschikkingen hoger beroep in bij de Rechtbank Arnhem. De rechtbank verklaart de tante niet-ontvankelijk in haar hoger beroep. Het recht op hoger beroep over voogdijbeslissingen is door het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) slechts opgesteld voor een limitatief aantal personen. De zuster van een overleden moeder-voogdes behoort niet tot de groep personen aan wie het Rv het recht op hoger beroep toestaat. Daarnaast had het meisje, aldus de rechtbank, omdat zij een natuurlijk en geen wettig kind is, juridisch slechts één

¹ HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 463, m.nt. W.H. Heemskerk.

bloedverwant, de moeder. De tante kan daarom ook niet worden beschouwd als bloedverwant van het kind in de zin van artikel 959 Rv.²

De tante stelt tegen de beschikking van de rechtbank cassatieberoep in bij de Hoge Raad. De Hoge Raad gaat ervan uit dat bij het ontwerpen van artikel 959 Rv alleen is gedacht aan hoger beroep van kantonrechterbeschikkingen waarin een (toeziend) voogd over een *wettig* kind werd benoemd. Er ligt echter, aldus de Hoge Raad, “noch in de woorden noch in de strekking van artikel 959” een reden waarom het artikel niet ook zou kunnen worden toegepast als het een voogdijbenoeming over een *natuurlijke* kind betreft. Deze interpretatie van artikel 959 Rv leidt ertoe dat de tante ontvankelijk is in haar verzoek en dat de Hoge Raad de in het cassatiemiddel aan de orde gestelde vraag zal moeten beantwoorden. Deze vraag luidt: Dient de zuster van de moeder van een natuurlijk kind voor de toepassing van artikel 959 als bloedverwant van dat kind te worden beschouwd? De overweging van de Hoge Raad die leidt tot het antwoord op deze vraag, bevat een aantal belangrijke aspecten, daarom citeer ik deze overweging in haar geheel:

De opvattingen over de vraag of het gerechtvaardigd is aan het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen belangrijke rechtsgevolgen te verbinden, hebben in recente tijd sterke wijzigingen ondergaan. Deze ontwikkeling heeft uitdrukking gevonden in de uitspraak van het Europese Hof van (lees: voor) de Rechten van de Mens van 13 juni 1979, gewezen in de zaak Marckx met betrekking tot de uitleg van art. 8 in verband met art. 14 Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Welke betekenis aan bedoelde ontwikkeling, mede in verband met deze uitspraak van het Europese Hof, bij de bepaling en de uitleg van het bestaande Nederlandse recht door de rechter moet worden gehecht, zal voor ieder voorschrift waarin het bedoelde onderscheid een rol speelt, afzonderlijk moeten worden nagegaan, ook wat betreft de vraag, voor welke rechtsfeiten, bezien naar het moment waarop zij plaatsvinden of plaatsvonden, die ontwikkeling in verband met de eisen van de rechtszekerheid reeds een rol mag spelen.

² Artikel 959 Rv luidde tot 1 juli 1995: Tegen de beschikking van de kantonrechter staat hoger beroep open voor ieder der verschenen bloed- en aanverwanten.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Voor de vraag waar het in deze om gaat, te weten of voor de toepassing van art. 959 de zuster van de moeder van een minderjarig kind als bloedverwante van dat kind moet worden beschouwd ook als het kind een natuurlijk kind van de moeder is, staan de eisen van rechtszekerheid er niet aan in de weg om ook voor lopende procedures reeds thans als geldend Nederlands recht aan te nemen dat op dit punt geen onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen mag worden gemaakt.³

De Hoge Raad verwijst eerst naar de wijzigingen die zich de laatste tijd hebben voorgedaan in de opvattingen over het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen. Waarschijnlijk doelt de Hoge Raad vooral op de maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van onder andere familie-relaties, gezinsleven en het huwelijk in de jaren '60 en '70 van de vorige eeuw. Ook het EHRM heeft, aldus de Hoge Raad, deze veranderingen zeer onlangs tot uitdrukking gebracht in het Marckxarrest.⁴ In het Marckxarrest heeft het EHRM geoordeeld dat voor het onderscheid tussen gehuwde en ongehuwde moeders en tussen wettige en natuurlijke kinderen geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Het EHRM constateert in het Marckxarrest onder meer dat de rechtspositie van natuurlijke kinderen en die van wettige kinderen in een aantal verdragsstaten steeds meer worden gelijkgesteld.

De Hoge Raad overweegt dat bij de uitleg van het Nederlandse recht in elke casus afzonderlijk zal moeten worden gekeken of de eisen van rechtszekerheid het toelaten de genoemde ontwikkelingen en de consequenties van de uitspraak van het EHRM in het Marckxarrest direct te effectueren. De Hoge Raad oordeelt dat op het gebied van de bloed- en aanverwantschap het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen onmiddellijk kan worden beëindigd. Een positief antwoord op de vraag of de tante van een natuurlijk kind als bloedverwant in de zin van artikel 959 Rv mag worden aangemerkt, brengt de rechtszekerheid namelijk niet in gevaar. De tante van het meisje is hierdoor ontvankelijk in haar hoger beroep.

³ HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 463, m.nt. W.H. Heemskerk.

⁴ EHRM 13 juni 1979, *NJ* 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*).

De Hoge Raad verwijst in zijn beschikking nergens direct naar verdragsbepalingen. Slechts in de verwijzing naar het Marckxarrest noemt de Hoge Raad de artikelen 8 en 14 EVRM. Hoewel ook in het cassatiemiddel geen EVRM-bepalingen worden genoemd, is er wel sprake van een indirect beroep op de artikelen 8 en 14 EVRM. Het cassatiemiddel zoekt, onder andere door de stelling dat het in de wet gemaakte onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen bij voogdijvoorzieningen anno 1980 niet meer aanvaardbaar is, aansluiting bij het Marckxarrest. De rechter ziet zich derhalve geplaagd voor de drie analysevragen die ik in het vorige hoofdstuk heb besproken. Het antwoord op de eerste analysevraag – Is de ingeroepen verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend? – is positief. De Hoge Raad wijdt in deze beschikking geen overwegingen aan het antwoord op deze vraag.

Ook de tweede analysevraag – Valt het geschil onder de reikwijdte van de ingeroepen een ieder verbindende verdragsbepaling? – beantwoordt de Hoge Raad impliciet positief door in zijn kernoverweging te verwijzen naar het Marckxarrest. De omvang van de reikwijdte van artikel 8 EVRM was – zoals past bij een ‘living instrument’ – in 1980 nog niet uitgekristalliseerd. In het Marckxarrest wijst ook het EHRM hierop met de opmerking dat “het Verdrag in het licht van de huidige omstandigheden geïnterpreteerd moet worden”.⁵ In deze zaak kan de Hoge Raad er eigenlijk niet aan twifelen dat het voorliggende geschil onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM valt. Het Marckxarrest, dat ook het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen behandelt, was ten tijde van het geven van deze beschikking nog geen jaar eerder gewezen door het EHRM.

Ook de derde analysevraag – Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? – beantwoordt de Hoge Raad niet expliciet. Advocaat-generaal Rammelin spreekt zich in zijn conclusie duidelijker uit over het antwoord op deze vraag:

Wij menen nl., dat op dit punt het Nederlandse recht evenals het Belgische in strijd is met de voormelde bepaling van het EV. [...] Mijn slotsom is

⁵ EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*), onder A.

Artikel 94 Grondwet toegepast

derhalve, dat Uw raad zou moeten oordelen, dat, gelet op art. 8 en 14 EV, de bepaling van art. 959 Rv ook geacht moet worden te zijn geschreven voor bloedverwanten enz. van het natuurlijke, niet wettige, minderjarige kind.⁶

De Hoge Raad spreekt in zijn beschikking niet uit dat de nationale bepaling, in casu artikel 959 Rv, niet verenigbaar is met artikel 8 EVRM. De Hoge Raad volgt echter wel de consequentie van de advocaat-generaal dat voor de toepassing van artikel 959 Rv ook de tante van een minderjarig natuurlijk kind als bloedverwant van dat kind moet worden beschouwd. Dit rechtvaardigt de conclusie dat de Hoge Raad de derde analysevraag of de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 8 EVRM, in ieder geval impliciet positief beantwoordt. Op grond van het toetsingsartikel zou de nationale bepaling nu geen toepassing mogen vinden. Aansluitend zou, zoals uit de wetsgeschiedenis duidelijk is geworden, de verdragsbepaling in plaats van de nationale bepaling moeten worden toegepast.⁷ Het probleem in deze zaak is echter dat het buiten toepassing laten van de nationale bepaling en het in plaats daarvan toepassen van de verdragsbepaling geen oplossing bieden. Als artikel 959 Rv niet zou worden toegepast, dan zou op grond van artikel 910 Rv ook het hoger beroep voor bloed- en aanverwanten van wettige kinderen over een voogdijbeslissing zijn uitgesloten. Hoger beroep zou dan nog slechts kunnen worden ingesteld door de Raad voor de Kinderbescherming op grond van artikel 910 lid 2 Rv.⁸ De schending van artikel 14 EVRM zou dan wel zijn opgeheven, omdat er geen onderscheid meer zou bestaan tussen wettige en natuurlijke kinderen, maar de inbreuk op artikel 8 EVRM niet. Als aan bloed- en aanverwanten

⁶ HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 463, m.nt. W.H. Heemskerk, conclusie A-G.

⁷ Zie par. 2.3.

⁸ Ten tijde van het geven van deze beschikking luidde artikel 910 Rv:

1. Recht van verzet of hoger beroep komt uitsluitend toe aan diegenen, wien zoodanig recht bij de bepalingen van dezen titel (Titel 7 van Boek 3 – JdW) wordt toegekend. Waar recht van verzet of hoger beroep aan ouders is toegekend, zijn ouders, die tot de voogdij onbevoegd zijn, daaronder niet begrepen.
2. Aan de raad voor de kinderbescherming komt recht van hoger beroep toe in alle zaken, waarin verhoor of oproeping van de raad is voorgeschreven of de rechter artikel 902a, laatste lid, heeft toegepast, tenzij de wet bepaalt, dat tegen de beschikking generlei voorziening is toegelaten.

van zowel wettige als natuurlijke kinderen geen recht van hoger beroep over een voogdijbeschikking meer zou toekomen, zou het recht op familie- en gezinsleven van beide groepen kinderen zijn geschonden. Het aansluitend in plaats van artikel 959 Rv toepassen van artikel 8 EVRM maakt dit niet anders. Artikel 8 EVRM beschermt het recht op respect voor het privé-, familie- en gezinsleven. Dit artikel leidt, juist door het toe te passen, tot onverenigbaarheid met de nationale bepaling. De toepassing van artikel 8 EVRM in plaats van de nationale bepaling biedt in het voorliggende geschil dus geen oplossing. De vicieuze cirkel waarin de rechter verstrikt zou raken bij de letterlijke toepassing van het toetsingsartikel, heeft de Hoge Raad er waarschijnlijk toe gebracht het geschil op een andere manier te beslechten. De Hoge Raad kiest niet voor het buiten toepassing laten van artikel 959 Rv, maar eigenlijk voor het omgekeerde, namelijk het verruimen van de reikwijdte van artikel 959 Rv. De Hoge Raad verklaart artikel 959 Rv niet alleen van toepassing op bloed- en aanverwanten van wettige kinderen, maar ook op bloed- en aanverwanten van natuurlijke kinderen.

Ongeveer tweeënhalf jaar later, in juni 1982, wordt de Hoge Raad geroepen om te oordelen over de vraag of het recht om te huwen, zoals beschermd door artikel 12 EVRM, is geschonden door de toepassing van een nationale bepaling van een wet in formele zin. Een negentienjarige wettige dochter verzoekt in mei 1981 de kantonrechter in Zevenbergen haar toestemming te verlenen in het huwelijk te treden met een vijfentwintigjarige man. Zij heeft, omdat ze nog minderjarig is,⁹ toestemming nodig van haar ouders.¹⁰ De kantonrechter wijst het verzoek van het meisje af, omdat haar vader die tevens haar voogd is, zijn toestemming voor het huwelijk heeft geweigerd. De Rechtbank Breda bevestigt in januari 1982, na de vader te hebben gehoord, de beschikking van de kantonrechter. De kantonrechter en de rechtbank baseren hun beslissing op artikel 36 van

⁹ Artikel 1:233 BW (1970) luidde: Minderjarigen zijn zij die de leeftijd van een en twintig jaren nog niet hebben bereikt en niet gehuwd zijn of gehuwd zijn geweest.

¹⁰ Artikel 1:35 BW (1970) luidde, voor zover van belang: Een minderjarig wettig kind mag geen huwelijk aangaan zonder toestemming van zijn ouders.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (1970). In artikel 1:36 lid 1 BW is vastgelegd dat op verzoek van een minderjarige de kantonrechter vervangende toestemming voor een huwelijk kan verlenen. Het tweede lid sluit de mogelijkheid van de vervangende rechterlijke toestemming voor een huwelijk echter uit als een ouder die het gezag over zijn wettig kind uitoefent, zijn toestemming weigert. De (kanton)rechter heeft op grond van artikel 1:36 lid 2 BW (1970) in casu geen enkele mogelijkheid om de vervangende toestemming voor het huwelijk toch te geven. De dochter is minderjarig, de vader is haar voogd en oefent derhalve het gezag over haar uit. Ondanks het feit dat de dochter de leeftijd heeft om een huwelijk aan te gaan, zij is tijdens de procedure twintig geworden en daarmee ruim ouder dan zestien,¹¹ kan zij toch niet in het huwelijk treden met de ongeveer zes jaar oudere man van haar keuze.

De dochter zet, ondanks het feit dat ze over minder dan een jaar meerderjarig zal zijn en dan zonder de toestemming van haar vader-voogd kan trouwen, de procedure voort om vervangende rechterlijke toestemming voor haar huwelijk te krijgen. Zij stelt cassatieberoep in bij de Hoge Raad. In de cassatiemiddelen wordt gesteld dat onder andere artikel 12 EVRM, dat het recht om te huwen voor mannen en vrouwen van huwbare leeftijd beschermt, is geschonden.¹² Daarnaast wordt in het cassatiemiddel aangevoerd dat het niet redelijk is, dat de rechter een weigering van een ouder niet materieel mag toetsen. Ook al is de weigering evident onredelijk, dan nog kan de rechter geen vervangende toestemming verlenen.¹³ De Hoge Raad motiveert zijn oordeel in één enkele rechtsoverweging, waarvan de kern luidt:

In geval van een niet, of niet redelijk gemotiveerde weigering van een toestemming tot huwen aan een wettig kind van huwbare leeftijd door een

¹¹ Artikel 1:31 lid 1 BW (1970) luidde: Om een huwelijk te mogen aangaan moet een man de ouderdom van achttien jaren, een vrouw die van zestien jaren hebben bereikt.

¹² Eiser beroept zich ook op een schending van artikel 23 lid 2 IVBPR. Ook dit artikel beschermt het recht van vrouwen en mannen van huwbare leeftijd om een huwelijk aan te gaan en een gezin te stichten.

¹³ HR 4 juni 1982, NJ 1983, 32, m.nt. E.A. Alkema, cassatiemiddel onder a: “Het staat de Ktr., en ook de Rb., niet vrij deze weigering naar innerlijke waarde te toetsen.”

ouder die het gezag over het kind uitoefent, is toepassing van het bepaalde in art. 36 tweede lid Boek 1 BW niet verenigbaar met het in art. 12 Verdrag van Rome aan mannen en vrouwen van huwbare leeftijd toegekende recht te huwen. Daarbij is van belang dat het verdrag het recht om te huwen toekent aan mannen en vrouwen van huwbare leeftijd, en niet slechts aan meerderjarigen. Het feit dat art. 12 spreekt van “een recht te huwen (...) volgens de nationale wetten welke de uitoefening van dit recht beheersen”, kan niet betekenen dat de nationale wetten de uitoefening van het bij het verdrag toegekende recht kunnen onderwerpen aan een onbeperkt veto-recht van een ander dan degenen die wil huwen.¹⁴

De Hoge Raad besteedt in deze beschikking geen aandacht aan de eerste twee analysevragen. Het antwoord op de vragen of artikel 12 EVRM een ieder verbindend is en of dit geschil valt onder de reikwijdte van artikel 12 EVRM, is kennelijk zo evident dat nadere motivering niet nodig is. Op de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de een ieder verbindende verdragsbepaling, gaat de Hoge Raad wel expliciet in. Voor een goed inzicht in de uitspraak van de Hoge Raad is het van belang de tekst van artikel 36 van Boek 1 van het BW, zoals deze ten tijde van het geven van de beschikking luidde, exact voor ogen te hebben:

1. Voor zover een volgens het vorige artikel vereiste toestemming niet wordt verkregen, kan zij op verzoek van de minderjarige door die van de kantonrechter worden vervangen.
2. Zodanige vervanging is echter niet geoorloofd, indien een ouder die het gezag over zijn wettig kind uitoefent, zijn toestemming weigert.

De Hoge Raad acht de toepassing van artikel 1:36 lid 2 BW in bepaalde gevallen niet verenigbaar met artikel 12 EVRM. De toepassing van artikel 1:36 lid 2 BW is niet verenigbaar met artikel 12 EVRM als de ouderlijke weigering van de toestemming voor het huwelijk van een minderjarig wettig kind over wie de ouder het gezag uitoefent, niet of niet redelijk is gemotiveerd. De Hoge Raad past artikel 1:36 lid 2 BW toe alsof de tekst luidt:

¹⁴ HR 4 juni 1982, *NJ* 1983, 32, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.2.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Zodanige vervanging is echter niet geoorloofd, indien een ouder die het gezag over zijn wettig kind uitoefent, zijn toestemming weigert *én deze weigering op redelijke gronden is gebaseerd*.

Als de weigering redelijk is gemotiveerd, is de toepassing van de nationale bepaling niet onverenigbaar met artikel 12 EVRM en kan artikel 1:36 lid 2 BW toepassing vinden. De Hoge Raad beëindigt de onverenigbaarheid met artikel 12 EVRM door aan de weigering van de toestemming de voorwaarde te verbinden dat de weigering op redelijke gronden berust.

Procureur-generaal Berger heeft in zijn conclusie aandacht besteed aan de rechtsontwikkeling met betrekking tot de vraag of de weigering van de toestemming inhoudelijk door de rechter mag worden getoetst. In de jaren '60 en '70 van de vorige eeuw is twee keer cassatie in het belang der wet ingesteld tegen de door de kantonrechter gegeven vervangende toestemming voor het huwelijk van een minderjarige. In beide gevallen was minstens een van de ouders van de minderjarige niet op de zitting verschenen. De beide kantonrechters hadden uit het niet verschijnen van de ouders de conclusie getrokken dat de ouders zich niet (langer) tegen het huwelijk van hun kind verzetten. Volgens respectievelijk waarnemend advocaat-generaal Minkenhof en procureur-generaal Langemeijer was het in strijd met de gedachte van de wet om aan te nemen dat wie niet verschijnt geen bezwaren (meer) heeft tegen het huwelijk. Minkenhof concludeert in 1965 over de vraag naar de inhoudelijke toetsing van de weigering:

Een ouder, die het gezag over de minderjarige uitoefent, kan te allen tijde weigeren en hij hoeft daarbij zelfs niet redelijk te handelen.¹⁵

Zij baseert zich op de memorie van toelichting bij het in 1965 nog van kracht zijnde artikel 94 BW, waarin het recht om te huwen was vastgelegd.¹⁶ Ongeveer negen jaar later, in februari 1974, overweegt de Hoge Raad dat artikel 1:36 lid 2 BW:

... niet elk geval op het oog heeft waarin een ouder niet bereid is door zijn toestemming zijn medewerking te verlenen aan de totstandkoming van het

¹⁵ HR 25 maart 1965, *NJ* 1965, 133, p. 538 l.k.

¹⁶ *Kamerstukken II* 1936/37, 387, nr. 3, p. 37.

huwelijk van zijn minderjarig kind, doch alleen het geval betreft, waarin die ouder uitdrukkelijk te kennen geeft de totstandkoming van het huwelijk onwenselijk te achten en daarom zijn toestemming daartoe te weigeren.¹⁷

Waarop de Hoge Raad zijn oordeel in de beschikking van 1974 baseert, is niet duidelijk. In de memorie van toelichting¹⁸ en ook elders in de wetsgeschiedenis¹⁹ bij artikel 1:36 BW zijn geen aanwijzingen te vinden dat de regering en de Staten-Generaal voorwaarden hebben willen verbinden aan de weigering van de toestemming door een ouder.

Voor ik terugkeer naar de beschikking uit 1982, merk ik nog op dat noch in 1965, noch in 1974 met een woord over artikel 12 EVRM wordt gerept. Noch in de cassatiemiddelen, noch in de motivering van de Hoge Raad wordt op enigerlei wijze verwezen naar het internationale recht. Het EVRM was in 1965 ruim tien jaar en in 1974 bijna twintig jaar van kracht in ons land.²⁰ Ook in het vorige hoofdstuk is, bij de bespreking van de jurisprudentie uit de periode tussen 1954 en 1979, al gebleken dat het EVRM nog niet algemeen bekend was in ons land en soms nog niet voorhanden was in een gerechtsgebouw.²¹

Ook in de motivering bij de beschikking van 1982 is, evenals in de beschikking van 1974, niet duidelijk waarop de Hoge Raad zijn oordeel baseert. De rechtsontwikkeling die in deze drie beschikkingen over de ouderlijke toestemming voor een huwelijk van een minderjarig kind zichtbaar is, hangt zeer waarschijnlijk samen met de maatschappelijke ontwikkelingen rondom het huwelijk in de jaren '60 tot '80 van de vorige eeuw. De Hoge Raad refereert in zijn motivering niet aan deze maatschappelijke ontwikkelingen. Ook verwijst de Hoge Raad niet, zoals procureur-generaal Berger in zijn conclusie wel heeft gedaan, naar de rechtspraak van de Europese

¹⁷ HR 1 februari 1974, NJ 1974, 283, m.nt. W.L. Haardt, p. 746 l.k.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1954/55, 3767, nr. 3, p. 4.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1954/55, 3767, nr. 4; *Kamerstukken II* 1956/57, 3767, nr. 16; *Kamerstukken I* 1958/59, 3767, nr. 22.

²⁰ Een beroep op artikel 23 IVBPR zou niet opportuun zijn geweest, omdat Nederland het IVBPR op 11 december 1978 heeft geratificeerd, waarna het IVBPR op 11 maart 1979 in ons land in werking is getreden, *Trb.* 1978, 177.

²¹ Ktr. Den Helder 24 december 1968, *Verkeersrecht* 1969, nr. 20, p. 38; zie ook par. 3.5.4.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) over artikel 12 EVRM en dan met name naar de Hameruitspraak.²² De Hoge Raad noemt in zijn motivering alleen de tekst van artikel 12 EVRM. Naar mijn mening merkt Alkema in zijn annotatie bij deze beschikking dan ook terecht op dat het verdragsrecht op het eerste gezicht, door de slotwoorden van artikel 12 EVRM, “geen solide grondslag [vormt] voor deze verrassende uitspraak”.²³ De Hoge Raad lijkt, zonder dit expliciet te maken, de beslissingen van de ECRM in de Hamer- en de Draperzaak in zijn oordeel te betrekken.²⁴ Uit deze twee zaken komt de regel naar voren dat de effectieve uitoefening van het recht om te huwen door nationale regelgeving niet geheel onmogelijk mag worden gemaakt.

Waarom de Hoge Raad er in 1982 voor kiest om aan de weigering van de toestemming de voorwaarde te verbinden dat deze redelijk moet zijn gemotiveerd, lijkt wel duidelijk. Op grond van de tekst en de wetsgeschiedenis zou artikel 1:36 lid 2 BW geen toepassing behoren te vinden wegens onverenigbaarheid met artikel 12 EVRM. Wellicht niet wegens onverenigbaarheid met de tekst van artikel 12 EVRM, maar wel wegens onverenigbaarheid met de betekenis die de ECRM aan artikel 12 EVRM heeft gegeven. De essentie van het recht om te huwen moet gewaarborgd blijven. De Hoge Raad beëindigt de onverenigbaarheid met de verdragsbepaling door aan de ouderlijke weigering van de toestemming de voorwaarde te verbinden dat deze weigering redelijk moet zijn gemotiveerd. De Hoge Raad verengt de toepassing van artikel 1:36 lid 2 BW. Door deze verenging van de reikwijdte van artikel 1:36 lid 2 BW spaart de Hoge Raad de werking van de bepaling zoveel mogelijk.

Als de Hoge Raad het grondwettelijk toetsingsartikel letterlijk zou hebben toegepast, dan zou artikel 1:36 lid 2 BW buiten toepassing hebben moeten blijven wegens onverenigbaarheid met artikel 12 EVRM. De Hoge Raad zou volgens de grondwetsgeschiedenis in plaats van de nationale bepaling artikel 12 EVRM hebben moeten toepassen. Artikel 12 EVRM waarborgt

²² HR 4 juni 1982, NJ 1983, 32, m.nt. E.A. Alkema, conclusie P-G.

²³ HR 4 juni 1982, NJ 1983, 32, m.nt. E.A. Alkema, noot onder 2.

²⁴ ECRM 13 december 1979, nr. 7114/75 (*Hamer/Verenigd Koninkrijk*); ECRM 10 juli 1980, nr. 8186/78 (*Draper/Verenigd Koninkrijk*).

het recht om te huwen “volgens de nationale wetten welke de uitoefening van dit recht beheersen”, aldus de slotwoorden van het verdragsartikel. Het toepassen van artikel 12 EVRM ‘sec’ zou het geschil derhalve niet beslechten, omdat het artikel spreekt over nationale wetten die moeten worden toegepast. Na het buiten toepassing laten van artikel 1:36 lid 2 BW zou de kantonrechter, met toepassing van het resterende nationale recht, na een verzoek van een minderjarige vervangende toestemming voor een huwelijk kunnen geven. Deze vervangende toestemming zou haar grondslag vinden in artikel 1:36 lid 1 BW. Zelfs een redelijke weigering van de ouders zou een huwelijk dan niet meer kunnen tegenhouden. Door de restrictieve interpretatie en toepassing van artikel 1:36 lid 2 BW voorkomt de Hoge Raad dat een ouder die het gezag over zijn minderjarige wettige kind uitoefent, alle zeggenschap over een voorgenomen huwelijk van zijn kind kwijt raakt.

Enige jaren na deze beschikking wordt de Hoge Raad geroepen om de voorwaarde die hij aan de weigering van de ouders heeft verbonden, nader te preciseren. Eind 1985 oordeelt de Hoge Raad dat een rechter die zich de vraag stelt – Hebben de ouders op redelijke gronden tot hun weigering kunnen komen? – en zich zo beperkt tot een marginale toetsing, zich niet gerechtvaardigde beperkingen oplegt. De rechter moet een weigering van de toestemming volledig toetsen. Een marginale toets die leidt tot het oordeel dat de weigering “niet kennelijk onredelijk” is, levert, aldus de Hoge Raad, alsnog een schending van artikel 12 EVRM op.²⁵

De beschikking van de Hoge Raad mitigeert in 1982 het onbeperkte wettelijke vetorecht van een derde partij, in dit geval van een ouder over het aangaan van een huwelijk door zijn minderjarige wettige kind over wie hij het gezag uitoefent, om schending van een verdragsbepaling te beëindigen. In de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw komt het nog een aantal keren voor dat de Hoge Raad aan een wettelijk vetorecht van een derde partij

²⁵ HR 20 december 1985, *NJ* 1987, 54, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 3.2. In de beschikkingen Ktr. Gorinchem 8 november 1982, *NJ* 1983, 383, Rb. Zutphen 7 oktober 1983, *NJ* 1984, 142 en Ktr. Amsterdam 17 oktober 1985, *Prg.* 1985, 2405, toetst de rechter, onder verwijzing naar HR 4 juni 1982, *NJ* 1983, 32, m.nt. E.A. Alkema, de weigering van de toestemming van de ouders volledig. Dit is ook het geval in de beschikking die leidt tot HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 54.

Artikel 94 Grondwet toegepast

voorwaarden verbindt om onverenigbaarheid met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling te beëindigen. In 1987 bevestigt de Hoge Raad een beschikking van de Rechtbank Almelo uit 1985. In deze beschikking laat de rechtbank het niet voor rechterlijke toetsing vatbare vetorecht van ouders, om de door hun minderjarige kind verzochte handlichting te weigeren, wegens onverenigbaarheid met artikel 2 van het Vierde protocol bij het EVRM buiten toepassing.²⁶ En in 1988 nuanceert de Hoge Raad het onbeperkte vetorecht van de moeder om haar toestemming te weigeren voor de erkenning van haar kind door zijn biologische vader die met het kind een relatie heeft die als familie- en gezinsleven kan worden gekwalificeerd, wegens strijd met artikel 8 EVRM.²⁷ Ten slotte plaatst de Hoge Raad in 1994 een kanttekening bij het absolute vetorecht van de ene wettige ouder bij een verzoek tot stiefouderadoptie door de nieuwe huwelijkspartner van de andere wettige ouder.²⁸

Weer ruim twee jaar later, in oktober 1984, staat de Hoge Raad voor de vraag of het Nederlandse nationaliteitsrecht, met name artikel 8 Wet op het Nederlanderschap en het ingezetenschap (WNI), verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel zoals beschermd door artikel 26 IVBPR.²⁹ De Staatssecretaris van Justitie, Korte-Van Hemel, is wil een Surinaamse man het land uit te zetten, omdat hij volgens haar een ongewenste vreemdeling is. Zij baseert haar oordeel op het feit dat de man meerdere malen wegens misdrijven tot een gevangenisstraf is veroordeeld. De man is al enige jaren met een Nederlandse vrouw getrouwd en heeft aan de burgemeester van Amsterdam te kennen gegeven dat hij de Nederlandse nationaliteit wil verwerven. Hij stelt dat hij door zijn huwelijk met een Nederlandse en het te kennen geven van zijn wens op grond van artikel 8 WNI Nederlander is geworden. De tekst van artikel 8 WNI luidde in 1984:

²⁶ HR 13 maart 1987, *NJ* 1988, 190, m.nt. E.A.A. Luijten, rechtbank onder VIII en r.o. 5.8.

²⁷ HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 3.3.

²⁸ HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 438, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, r.o. 3.4-3.5; zie ook HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 455, r.o. 3.2 en 3.5.

²⁹ HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230, m.nt. W.C.L. van der Grinten; *AB* 1985, 319, m.nt. P.J. Boon; *NJCM-bulletin* 1985, p. 32, m.nt. A.W. Heringa.

De niet-Nederlandse vrouw, wier man bij het sluiten van het huwelijk Nederlander was, wordt Nederlander door haar wil daartoe te kennen te geven aan de bij artikel 12a bedoelde autoriteit, indien op de dag van de kennisgeving het huwelijk voortduurt en de man nog Nederlander is.

Volgens de man maakt artikel 8 WNi verboden onderscheid naar geslacht in de zin van artikel 26 IVBPR. Hij stelt dat artikel 8 WNi daarom ook behoort te worden toegepast op niet-Nederlandse mannen die zijn getrouwd met een Nederlandse vrouw. De Hoge Raad oordeelt met de volgende motivering dat de stelling van de man niet kan worden aanvaard:

De vraag in welke gevallen het bij of krachtens de wet uitsluitend aan vrouwen, in verband met hun specifieke situatie in de samenleving, toekennen van een bepaald recht, naar de strekking van art. 26 Verdrag van New York (i.e. IVBPR – JdW) in strijd moet worden geacht met het aldaar neergelegde beginsel kan hier in het midden worden gelaten. Aan art. 94 Gr.w in verband met art. 26 Verdrag kan immers geen grond worden ontleend om, ter voorkoming van een verschillende behandeling van mannen en vrouwen, aan mannen eenzelfde recht toe te kennen als de wet slechts aan vrouwen toekent, in geval dat het in de wet neergelegde verschil in behandeling, gezien de aard van het recht, in redelijkheid ook op andere wijze kan worden weggenomen en op dit punt een keuze moet worden gemaakt die, mede in aanmerking genomen de aard van de daarbij betrokken belangen, niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter valt. In dat – zich hier voordoende – geval is het aan de wetgever, te bepalen op welke wijze het best aan het beginsel van art. 26 Verdrag kan worden voldaan.³⁰

Opnieuw beantwoordt de Hoge Raad de eerste twee analysevragen niet expliciet, maar omdat de Hoge Raad ingaat op de derde analysevraag, mag worden geconcludeerd dat hij de eerste twee vragen positief beantwoordt. Artikel 26 IVBPR is een ieder verbindend en het geschil valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR. Het antwoord op de derde analysevraag – Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? – kan, aldus de

³⁰ HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230, m.nt. W.C.L. van der Grinten, beoordeling van het beklag.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Hoge Raad, “in het midden worden gelaten”. Aansluitend motiveert de Hoge Raad waarom het antwoord op de derde analysevraag in het midden kan blijven. Bij een positief antwoord op de derde analysevraag zou op grond van het toetsingsartikel artikel 8 WNi buiten toepassing moeten worden gelaten. In plaats van artikel 8 WNi zou artikel 26 IVBPR moeten worden toegepast. Het toepassen van artikel 26 IVBPR biedt echter in het voorliggende geschil geen oplossing, omdat het onderscheid tussen vrouwen en mannen op meerdere manieren kan worden opgeheven. Artikel 26 IVBPR dwingt er niet toe het optierecht op het Nederlanderschap voor niet-Nederlandse vrouwen die met een Nederlandse man zijn getrouwd, ook toe te kennen aan niet-Nederlandse mannen die met een Nederlandse vrouw zijn getrouwd. Artikel 26 IVBPR verplicht slechts tot het opheffen van verboden onderscheid naar geslacht. Het beëindigen van het verboden onderscheid vergt keuzes die, gezien de aard van het recht en de daarbij betrokken belangen, de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. De wetgever is, aldus de Hoge Raad, de meest aangewezen om te bepalen hoe aan het verboden onderscheid een einde kan worden gemaakt. De Hoge Raad sluit met dit oordeel aan bij de conclusie van de advocaat-generaal. Na het schetsen van een aantal mogelijkheden om de schending van artikel 26 IVBPR te beëindigen, spreekt de advocaat-generaal zijn voorkeur uit voor het afwachten van een wetswijziging. Hij heeft, anders dan de Hoge Raad, wel eerst expliciet positief geantwoord op de vraag of de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR.³¹

De rechtzoekende partij wordt in casu niet beschermd in de rechten die haar op grond van het internationale recht toekomen.

Afronding

Deze drie uitspraken van de Hoge Raad lijken de eerste uitspraken van een reeks waarin de hoogste rechters van ons land oordelen dat de toepassing van bepalingen van wetten in formele zin niet verenigbaar is met een ieder

³¹ HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230, m.nt. W.C.L. van der Grinten, conclusie A-G onder 8.

verbindende bepalingen van verdragen. Het is overigens niet zo dat de rechter na 1980 in het merendeel van de geschillen waarin de rechtzoekende zich beroept op de schending van een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling, oordeelt dat de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de ingeroepen verdragsbepaling. In verreweg de meeste gevallen oordeelt de rechter dat de toepassing van de nationale en internationale bepaling niet onverenigbaar is en dat beide bepalingen derhalve probleemloos tegelijkertijd toepassing kunnen vinden. De rechter beantwoordt de eerste twee analysevragen dan positief, maar het antwoord op de derde analysevraag of de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling, is negatief.³² Het komt regelmatig voor dat de Hoge Raad in een korte rechtsoverweging met een uiterst summiere motivering oordeelt dat een nationale bepaling niet onverenigbaar is met een verdragsbepaling. Zo oordeelt de Hoge Raad in een uitspraak over de vraag of artikel 6 van de Faillissementswet niet verenigbaar is met artikel 6 EVRM:

Van een zodanig systeem kan niet gezegd worden dat het in strijd is met regels neergelegd in art. 6 van het Verdrag (EVRM – JdW).³³

In de besproken beschikking over de weigering van de huwelijks toestemming kwam de Hoge Raad in slechts één redelijk korte rechtsoverweging, waarin hij alleen refereerde aan artikel 12 EVRM, tot het tegenovergestelde oordeel. De Hoge Raad achtte de nationale bepaling niet verenigbaar met de verdragsbepaling. Deze beperkte motiveringen maken het lastig te achterhalen hoe de Hoge Raad tot het oordeel komt of een bepaling al dan niet verenigbaar is met een naar haar inhoud een ieder verbindende verdragsbepaling. Bij de in het vorige hoofdstuk besproken jurisprudentie is ook een aantal malen naar voren gekomen dat een gedegen onderbouwing van het oordeel van de Hoge Raad ontbrak. Annotator

³² HR 2 mei 1980, *NJ* 1980, 537, m.nt. E.A. Alkema; HR 8 oktober 1980, *NJ* 1981, 308, m.nt. F.H.J. Mijnsen; HR 26 juni 1981, *NJ* 1982, 450, m.nt. E.A. Alkema en J.M.M. Maeijer; HR 13 november 1981, *NJ* 1982, 558-562, m.nt. E.A. Alkema; HR 18 november 1981, *NJ* 1982, 444, m.nt. E.A. Alkema; HR 27 november 1981, *NJ* 1983, 56, m.nt. W.H. Heemskerk.

³³ HR 26 juni 1981, *NJ* 1982, 450, m.nt. E.A. Alkema en J.M.M. Maeijer, r.o. 7.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Röling schreef in zijn noot bij het AOW-arrest dat een bepaalde overweging van de Hoge Raad “meer leek op een machtsspreuk dan op een overtuigend argument”.³⁴ Een summiere of onvolledige motivering kan de schijn wekken dat de rechter een bepaald resultaat nastreeft zonder dat hij heel veel argumenten heeft om dit oordeel te onderbouwen.

Het komt ook voor dat de rechter de eerste analysevraag – Is de ingeroepen verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend? – of de tweede analysevraag – Valt het geschil onder de reikwijdte van de ingeroepen een ieder verbindende verdragsbepaling? – negatief beantwoordt, waardoor hij zich de derde analysevraag niet meer hoeft te stellen.³⁵

De doorbraak bij de hoogste nationale rechters om te oordelen dat de toepassing van bepalingen van wetten in formele zin niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen, gaat vergezeld van een andere wijze van toetsen. De Hoge Raad beperkte zich vóór 1980, zoals uit de in het vorige hoofdstuk besproken jurisprudentie is gebleken, tot een abstracte toetsing van de nationale bepaling aan de een ieder verbindende verdragsbepaling. Er werd slechts getoetst of de nationale bepaling zo kon worden geïnterpreteerd, dat deze niet onverenigbaar was met de verdragsbepaling. Er werd niet getoetst of de toepassing van de nationale bepaling in het concrete geschil leidde tot onverenigbaarheid met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. In de drie besproken beschikkingen toetst de Hoge Raad concreet. Er wordt niet meer alleen gekeken of de interpretatie van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de verdragsbepaling. Er wordt nu ook getoetst of in het voorliggende geschil de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. Deze concrete rechterlijke toetsing sluit aan bij de bedoeling van de ontwerpers van het amendement dat de basis vormt voor het toetsingsartikel in de Grondwet. De zinsnede ‘vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met’ was immers afkomstig van Riphagen, het hoofd van de afdeling wetgeving en juridische zaken van het Ministerie van

³⁴ HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436, m.nt. B.V.A. Röling, p. 1000 r.k.; zie ook par. 3.5.2.

³⁵ HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141, m.nt. E.A. Alkema en G.J. Scholten.

Binnenlandse Zaken. Hij schreef in zijn artikel in *De Nederlandse Gemeente* dat hij met de gekozen formulering abstracte toetsing van nationale bepalingen aan internationaal recht wilde uitsluiten.³⁶

In hoofdstuk 2 is besproken dat tijdens de behandeling van de grondwetswijziging van 1953 in de Eerste Kamer aandacht is besteed aan de vraag door welke bepaling een nationale bepaling die geen toepassing zou mogen vinden wegens onverenigbaarheid met een verdragsbepaling, zou moeten worden vervangen. De regering en de leden van de Eerste Kamer waren het erover eens dat – zo mogelijk – in plaats van de nationale bepaling de van toepassing zijnde verdragsbepaling moest worden toegepast.³⁷

In de drie besproken beschikkingen is het echter niet zo dat, in plaats van de nationale bepaling die niet verenigbaar is met de verdragsbepaling en die daarom geen toepassing zou mogen vinden, de internationale bepaling wordt toegepast. De Hoge Raad past niet, of in ieder geval niet alleen, de van toepassing zijnde verdragsbepaling toe in plaats van de nationale bepaling.

In de eerste beschikking, het verzoek van de zus van de overleden moeder om als voogd over haar nichtje te worden benoemd, zou de Hoge Raad in een vicieuze cirkel raken. De toepassing van artikel 8 EVRM leidt tot onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 8 EVRM. De rechter zou de nationale bepaling geen toepassing mogen laten vinden en zou artikel 8 EVRM in de plaats daarvan moeten toepassen. Het geschil zou hierdoor echter niet worden beslecht, daarom beëindigt de Hoge Raad de onverenigbaarheid op een andere manier. Door de reikwijdte van de nationale bepaling die eigenlijk geen toepassing zou behoren te vinden, te verruimen, wordt de onverenigbaarheid met artikel 8 EVRM opgeheven en worden de rechten van partijen beschermd.

In de tweede beschikking, de weigering van de vader toestemming te verlenen voor het huwelijk van zijn minderjarige dochter over wie hij het gezag uitoefent, was er wel een mogelijkheid om het geschil te beslechten na het buiten toepassing laten van artikel 1:36 lid 2 BW. Het was eigenlijk

³⁶ Riphagen 1953, p. 70; zie ook par. 2.3.

³⁷ Zie par. 2.3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

niet mogelijk om in plaats van artikel 1:36 lid 2 BW alleen artikel 12 EVRM toe te passen. Artikel 12 EVRM vraagt namelijk om de toepassing van nationaal recht, omdat dit artikel een recht om te huwen waarborgt “volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen”. Het zou wel mogelijk zijn geweest om na het buiten toepassing laten van artikel 1:36 lid 2 BW, het overgebleven nationale recht, en dan met name artikel 1:36 lid 1 BW, toe te passen. De kantonrechter zou dan op verzoek van een minderjarig wettig kind, ongeacht de weigering van een ouder die het gezag over zijn kind uitoefent, vervangende toestemming voor een huwelijk kunnen verlenen. De Hoge Raad heeft de onverenigbaarheid echter niet op deze wijze beëindigd. Hij heeft niet door het buiten toepassing laten van de nationale bepaling en in plaats daarvan toepassen van de verdragsbepaling een einde gemaakt aan de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de verdragsbepaling. Neen, in deze beschikking heeft de Hoge Raad door een restrictieve toepassing van de nationale bepaling de onverenigbaarheid met artikel 12 EVRM beëindigd en tegelijkertijd de rechten van partijen beschermd.

In zijn oordeel in beide beschikkingen lijkt de Hoge Raad met meerdere factoren rekening te houden. Het waarborgen van de rechten van partijen, het beëindigen van de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de een ieder verbindende verdragsbepaling en het zoveel mogelijk intact laten van het nationale recht. Daarmee geven deze twee beschikkingen aan dat na een positief antwoord op de derde analysevraag:

Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling?

een nieuwe vraag rijst, de vierde analysevraag:

Beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? Zo ja, op welke wijze?

In de beschikking over het nationaliteitsrecht oordeelt de Hoge Raad dat het antwoord op de derde analysevraag in het midden kan blijven, omdat hij zichzelf niet de meest aangewezen acht om te bepalen op welke wijze de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de verdragsbepaling

moet worden beëindigd. De vierde analysevraag werpt als het ware haar schaduw vooruit. Omdat het pas zinvol is om de vierde analysevraag te stellen als de derde analysevraag positief is beantwoord, mag worden geconcludeerd dat het antwoord op de derde analysevraag positief is. Als het antwoord namelijk negatief zou zijn, dan zou de nationale bepaling, in casu artikel 8 WNi, op reguliere wijze toepassing hebben kunnen vinden. Het gevolg hiervan zou zijn dat het voorliggende geschil niet onder de reikwijdte van artikel 8 WNi zou vallen, omdat dit alleen ziet op niet-Nederlandse vrouwen die met een Nederlandse man zijn getrouwd. Het beklag zou falen. De Hoge Raad oordeelt nu ook dat het beklag faalt, maar de motivering maakt duidelijk dat het antwoord op de derde analysevraag eigenlijk positief is en dat de Hoge Raad de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR niet beëindigt.

Hoewel de Hoge Raad oordeelt dat het geschil onder de reikwijdte van het toetsingsartikel valt, past hij het uitspraakgebod ‘vinden geen toepassing’ niet toe. De Hoge Raad laat het toetsingsartikel feitelijk buiten toepassing, omdat hij oordeelt dat het beëindigen van de onverenigbaarheid in casu niet binnen zijn rechtsvormende taak past en aan de wetgever moet worden gelaten. In deze beschikking lijkt de Hoge Raad een factor die in de twee andere beschikkingen niet expliciet naar voren kwam, namelijk zijn positie ten opzichte van de wetgever, te laten prevaleren boven het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

4.2.1 De vierde analysevraag

Uit de drie tot nu toe in dit hoofdstuk besproken beschikkingen blijkt dat de Hoge Raad geschillen waarop hij het toetsingsartikel van toepassing acht, op uiteenlopende wijzen beslecht. De rechter past het uitspraakgebod ‘vinden geen toepassing’ van het toetsingsartikel van de Grondwet niet eenduidig toe. Om antwoord te vinden op de vragen of de rechter en hoe de rechter het uitspraakgebod ‘vinden geen toepassing’ toepast en inkleurt en welke factoren invloed hebben op zijn oordeel, is het antwoord op de vierde analysevraag van belang. In het vervolg van dit hoofdstuk en

Artikel 94 Grondwet toegepast

in het volgende hoofdstuk zal daarom bij de bespreking van de jurisprudentie ook de vierde analysevraag aan de orde worden gesteld. De vierde analysevraag luidt:

Beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? Zo ja, op welke wijze?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden is een meer thematische benadering naar rechtsgebied aangewezen in plaats van de chronologische aanpak die tot nu toe in deze studie is gevolgd. Daarom zal in het vervolg van dit hoofdstuk en in het volgende hoofdstuk de jurisprudentie per rechtsgebied en binnen een rechtsgebied per leerstuk of soms zelfs per wetsartikel worden bestudeerd en besproken. Het feit dat vanaf 1980 de hoeveelheid jurisprudentie waarin de vraag naar de verenigbaarheid van de toepassing van nationale bepalingen met een ieder verbindende verdragsbepalingen aan de orde komt, sterk toeneemt, is een tweede reden om over te stappen naar een meer thematische bespreking. Door te kiezen voor een thematische bespreking hoop ik een overzichtelijke inventarisatie te kunnen maken van de wijzen waarop de rechter invulling geeft aan het uitspraakgebod van het toetsingsartikel en van de factoren die de rechter in zijn overwegingen betreft. Het is daarbij uitdrukkelijk niet de bedoeling om alle uitspraken te bespreken waarin de verenigbaarheid van nationaal recht met een ieder verbindende verdragsbepalingen in het geding is. De analyse van de rechtspraak is gericht op het verkrijgen van inzicht in de manieren waarop de rechter omgaat met onverenigbaarheid van formeelwettelijke bepalingen met een ieder verbindende verdragsbepalingen. Of in andere woorden: Past de rechter het uitspraakgebod van het toetsingsartikel toe en zo ja, hoe kleurt hij het uitspraakgebod dan in?

4.3 De erkenning van onwettige kinderen

Tot in de tweede helft van de jaren '90 van de vorige eeuw werd in het afstammingsrecht onderscheid gemaakt tussen wettige en onwettige kinderen. Kinderen die binnen een huwelijk werden geboren, waren in begin-

sel wettige kinderen. Wettige kinderen stonden in familierechtelijke betrekkingen tot hun ouders en de bloedverwanten van hun ouders. Familierechtelijke betrekkingen zijn onder andere van belang voor het erfrecht en het recht op alimentatie.

Een buiten een huwelijk geboren, dus onwettig, kind was een natuurlijk kind van de moeder. Een natuurlijk kind had in eerste instantie alleen familierechtelijke betrekkingen met de moeder. In 1985 werd wettelijk vastgelegd dat een natuurlijk kind ook in familierechtelijke relatie tot de bloedverwanten van de moeder staat. Het onwettige kind wordt door erkenning een natuurlijk kind van de vader.³⁸ Een gevolg van de erkenning is dat tussen het kind, en de vader en diens bloedverwanten ook familierechtelijke betrekkingen ontstaan.³⁹ Een kind kan worden erkend via de geboorteakte, een akte van erkenning opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand of een notariële akte.⁴⁰ Tot 1998 was voor een rechtsgeldige erkenning de schriftelijke toestemming van de moeder van het kind noodzakelijk.⁴¹

4.3.1 De toestemming van de moeder bij de erkenning tot 1 april 1998

In maart 1985 spreekt de Rechtbank Amsterdam zich uit over een verzoek van een man die een kind wil erkennen. Hij heeft het kind verwekt, het woont al ruim drie jaar bij hem, hij verzorgt het en voedt het op. De moeder weigert haar toestemming voor deze erkenning, omdat ze vreest dat de

³⁸ Artikel 1:221 lid 1 BW luidde van 1 januari 1970 tot 1 april 1998: Een onwettig kind heeft de staat van natuurlijk kind van zijn moeder. Het verkrijgt door erkenning de staat van natuurlijk kind van zijn vader.

³⁹ Artikel 1:222 BW luidde van 16 augustus 1985 tot 1 april 1998: Een onwettig kind en zijn afstammelingen staan in familierechtelijke betrekkingen tot de moeder van het kind en haar bloedverwanten en, na erkenning van het kind, ook tot de vader en diens bloedverwanten.

⁴⁰ Artikel 1:223 BW luidde van 1 januari 1970 tot 1 april 1998: Erkenning kan geschieden: a. bij de geboorteakte van het kind; b. bij een akte van erkenning opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand; c. bij elke notariële akte.

⁴¹ Artikel 1:224 lid 1 onder d BW luidde van 1 januari 1970 tot 1 april 1998: Een erkenning is nietig, indien zij is gedaan bij het leven van de moeder zonder haar voorafgaande schriftelijke toestemming.

Artikel 94 Grondwet toegepast

man na de erkenning ook de voogdij van haar zal willen overnemen. Zij is bang dat het contact met haar zoon dan zal worden verbroken. De rechtbank acht de reden van de moeder om haar toestemming te weigeren onrechtmatig, omdat zij voldoende rechtsmiddelen ter beschikking heeft om de verzoeker, indien dit nodig mocht blijken, te dwingen mee te werken aan een goede bezoekenregeling. Dit brengt de rechtbank tot het volgende oordeel:

Nu de moeder er geen redelijk belang bij heeft de erkenning tegen te houden is art. 224 lid 1 onder d Boek 1 BW hier in strijd te achten met art. 8 lid 2 Europees Verdrag mensenrechten. Dit brengt mee dat het buiten toepassing moet worden gelaten.⁴²

De rechtbank beantwoordt de eerste twee analysevragen impliciet en de derde analysevraag expliciet positief. De toepassing van artikel 1:224 lid 1 onder d BW is niet verenigbaar met artikel 8 lid 2 EVRM. Ook de vierde analysevraag voorziet de rechtbank van een positief antwoord. Zij beëindigt de onverenigbaarheid door de nationale bepaling buiten toepassing te laten en de ambtenaar van de burgerlijke stand te gelasten een akte van erkenning op te maken en in te schrijven. In hoger beroep wordt de moeder niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van grieven.⁴³

Toch dient de Hoge Raad zich enige jaren later te buigen over de vraag of artikel 1:224 lid 1 onder d BW verenigbaar is met artikel 8 EVRM.⁴⁴ Uit een relatie tussen de verzoeker en de moeder die haar toestemming voor de erkenning weigert, is in 1984 een kind geboren. De man heeft het kind al direct na de geboorte willen erkennen, maar de moeder heeft steeds geweigerd haar toestemming te verlenen. De Rechtbank Alkmaar en het Gerechtshof Amsterdam hebben de man in zijn verzoek om de ambtenaar van de burgerlijke stand te gelasten een akte van erkenning op te maken niet-ontvankelijk verklaard.

⁴² Rb. Amsterdam 19 maart 1985, *NJ* 1986, 320.

⁴³ Rb. Amsterdam 19 maart 1985, *NJ* 1986, 320.

⁴⁴ HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E.A.A. Luijten. Deze beschikking van de Hoge Raad is in par. 4.2 al genoemd ter illustratie van de mitigatie van een vetorecht voor derden.

De Hoge Raad oordeelt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand niet te allen tijde mag weigeren een akte van erkenning op te maken als de moeder de daartoe vereiste toestemming weigert. Als er tussen het kind en de biologische vader sprake is van familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM, dan moet de vader in beginsel de mogelijkheid hebben om zijn kind te erkennen. Het kan in een democratische samenleving echter noodzakelijk zijn de bevoegdheid van de biologische vader om zijn kind te erkennen te beperken ter bescherming van de belangen van de moeder en het kind.

Of zulks het geval is en tot welke beperkingen afweging van de betrokken rechten leidt, staat in de eerste plaats ter beoordeling van de wetgever.⁴⁵

Nu de wetgever vergevorderd is met de voorbereiding van een wetsvoorstel over dit onderwerp:⁴⁶

... meent de HR zich thans ervan te moeten onthouden ten gronde in te gaan op de vraag welke beperkingen van de mogelijkheid tot erkenning verenigbaar zijn met art. 8 EVRM. In afwachting van die wetgeving moet evenwel worden aangenomen dat met die verdragsbepaling in elk geval niet valt te verenigen dat de mogelijkheid tot erkennen wordt beperkt door een niet voor rechterlijke toetsing vatbaar vetorecht van de moeder van het kind. Een redelijke, met art. 8 EVRM rekening houdende uitleg van het huidige recht brengt daarom mede dat, ook al weigert de moeder de daartoe vereiste toestemming, [...] toch een rechtsgeldige erkenning tot stand kan komen wanneer de weigering van de moeder om toestemming tot erkenning te verlenen slechts kan worden opgevat als misbruik van de bevoegdheid die in art. 1:224 lid 1, aanhef en onder *d*, besloten ligt.⁴⁷

De Hoge Raad mitigeert met zijn oordeel de werking van artikel 1:224 lid 1 onder *d* BW. Het vetorecht van de moeder wordt genuanceerd. De Hoge Raad legt artikel 1:224 lid 1 onder *d* BW uit, alsof dit luidt:

⁴⁵ HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 3.3.

⁴⁶ HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E.A.A. Luijten, conclusie A-G onder 2.2; zie ook *Stort.* 1986, 132, p. 3 en 11.

⁴⁷ HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 3.3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Een erkenning is nietig, indien zij is gedaan:

d. bij het leven van de moeder zonder haar voorafgaande schriftelijke toestemming, *tenzij de weigering van de moeder haar schriftelijke toestemming te verlenen slechts kan worden opgevat als misbruik van haar bevoegdheid;*

De Hoge Raad oordeelt dat het geven van een oordeel over de afweging van de rechten van de moeder en het kind tegenover de rechten van de vader de taak van de wetgever is. De Hoge Raad onthoudt zich van een antwoord op de vraag welke beperkingen op het recht van erkenning door de verwekker verenigbaar zijn met artikel 8 EVRM, omdat nieuwe wetgeving in voorbereiding is.

De Hoge Raad beantwoordt de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 8 EVRM, positief. Een onbeperkt vetorecht van de moeder om de erkenning te weigeren, is onverenigbaar met artikel 8 EVRM. Hij beëindigt de onverenigbaarheid door aan de nationale bepaling een redelijke uitleg te geven. Dit resulteert in een beperktere toepassing van de nationale bepaling.

Op 10 oktober 1988 oordeelt het Amsterdamse hof over de door de Hoge Raad verwezen zaak. Het hof overweegt dat voldoende aannemelijk is dat de verzoeker de biologische vader van de zoon is, dat hij voldoende heeft aangetoond dat hij met de vrouw heeft samengewoond en op dit moment het kind verzorgt en opvoedt. Nu de vrouw begin 1988 is ontheven uit de voogdij en al geruime tijd geen contact meer heeft met haar zoon:

... is het hof van oordeel dat de weigering van de vrouw om toestemming te verlenen tot erkenning door de man van Charles als zijn zoon slechts kan worden opgevat als misbruik van de bevoegdheid die in art. 1:224 lid 1 onder d BW besloten ligt.

Nu niet gebleken of aannemelijk geworden is dat erkenning door de man nadeel op zou leveren voor de geestelijke of lichamelijke gezondheid van Charles, dient het verzoek van de man te worden toegewezen.⁴⁸

Het hof volgt de Hoge Raad in de positieve beantwoording van de derde analysevraag, de toepassing van de nationale bepaling is in casu niet

⁴⁸ Hof Amsterdam 10 oktober 1988, *NJ* 1989, 171, r.o. 4.5-4.6.

verenigbaar met de toepassing van artikel 8 EVRM. Het hof past artikel 1:224 lid 1 onder d BW toe volgens de uitleg die de Hoge Raad in zijn beschikking van 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, heeft gegeven. Het hof noemt dit:

... een redelijke, met art. 8 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) rekening houdende uitleg van het huidige recht – mede gezien het bij het parlement door de regering ingediende wetsvoorstel ‘herziening van het afstammingsrecht’ –.⁴⁹

Uit deze overweging blijkt dat het hof bij de beëindiging van de onverenigbaarheid de eisen die het internationale recht stelt, en zijn positie ten opzichte van de wetgever in het oog heeft gehouden. Door aansluitend de belangen van de vader, de moeder en de zoon tegen elkaar af te wegen waarborgt het hof ook de rechten van partijen.

In maart 1990 oordeelt de Rechtbank Haarlem over een verzoek waarop artikel 1:224 lid 1 onder d BW van toepassing is. De biologische vader van een minderjarige zoon uit een enige jaren eerder stukgelopen relatie wil deze zoon erkennen. De biologische vader uit deze wens nadat de echtgenoot van de moeder deze zoon heeft erkend. De zoon is door deze erkenning een wettig kind geworden van zijn moeder en haar echtgenoot.⁵⁰ De moeder heeft geweigerd toestemming tot erkenning te verlenen aan de biologische vader. Over deze weigering oordeelt de rechtbank dat deze, gezien de omstandigheden:

... niet opgevat [kan] worden als louter misbruik van bevoegdheid, maar als een beslissing waartoe [de moeder] – rekening houdend met zowel de belangen van [de zoon] als de tussen haar, [haar echtgenoot en haar zoon] gegroeide gezinsband –, in redelijkheid heeft kunnen komen.⁵¹

⁴⁹ Hof Amsterdam 10 oktober 1988, *NJ* 1989, 171, r.o. 4.1.

⁵⁰ Artikel 1:214 BW luidde van 1 januari 1970 tot 1 april 1998: Een natuurlijk kind wordt gewettigd, wanneer het door de echtgenoot van de moeder wordt erkend hetzij voor of staande het huwelijk, hetzij na ontbinding van het huwelijk door overlijden van de moeder.

⁵¹ Rb. Haarlem 20 maart 1990, *NJ* 1991, 85, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 5.3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

De belangenafweging valt uit in het voordeel van de moeder. De weigering van de moeder is rechtsgeldig en derhalve zal de erkenning door de biologische vader op grond van artikel 1:224 lid 1 onder d BW nietig zijn.

Ook bij het beslechten van dit geschil past de rechtbank artikel 1:224 lid 1 onder d BW toe volgens de redelijke uitleg die de Hoge Raad daaraan heeft gegeven in zijn beschikking van 8 april 1988, *NJ* 1989, 170. Gezien de herhaalde toepassing door diverse rechters mag de redelijke uitleg van de Hoge Raad van artikel 1:224 lid 1 onder d BW worden omschreven als rechtersrecht of jurisprudentierecht.

Dat inderdaad kan worden gesproken van jurisprudentierecht, onderstrepen twee beschikkingen van de Hoge Raad van 18 mei 1990. In beide beschikkingen verwijst de Hoge Raad voor de uitleg die aan artikel 1:224 lid 1 onder d BW moet worden gegeven, naar zijn beschikking van 8 april 1988, *NJ* 1988, 170. De Hoge Raad geeft in deze beide beschikkingen opnieuw aan dat de rechter zich terughoudend moet opstellen. Hij acht het de taak van de wetgever om vast te stellen welke beperkingen op het recht van de moeder om de erkenning te weigeren noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.⁵²

Ook in een drietal beschikkingen uit 1991 past de Hoge Raad artikel 1:224 lid 1 onder d BW toe volgens de uitleg die hij hieraan in 1988 heeft gegeven.⁵³ In de uitspraak van november 1991 verwijst de Hoge Raad opnieuw uitdrukkelijk naar de wetgever voor een definitieve oplossing van het conflict tussen de beide ouders wier rechten worden beschermd door artikel 8 lid 1 EVRM:

Het gaat hier om een conflict tussen twee, beide op art. 8 lid 1 terug te voeren, rechten, waarbij [...] de rechter zich terughoudend dient op te stel-

⁵² HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 374 en 375, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.4.

⁵³ HR 22 februari 1991, *NJ* 1991, 376, m.nt. E.A.A. Luijten; HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 440; HR 20 december 1991, *NJ* 1992, 598, m.nt. E.A.A. Luijten.

len omdat het in de eerste plaats ter beoordeling van de wetgever is tot welke beperkingen afweging van die rechten leidt.⁵⁴

Ook in beschikkingen uit 1993, 1994, 1998 en 1999⁵⁵ past de Hoge Raad artikel 1:224 lid 1 onder d BW toe volgens de uitleg die hij hieraan in 1988 heeft gegeven.⁵⁶

Afronding

De nationale bepaling die aan een moeder een onbeperkt vetorecht toekent om de toestemming voor de erkenning van haar kind te weigeren, is onverenigbaar met artikel 8 EVRM. Aan het einde van de jaren '80 beëindigt de rechter deze onverenigbaarheid door een redelijke uitleg te geven aan de nationale bepaling. Deze redelijke uitleg beperkt de reikwijdte van de bepaling en doorkruist niet de voorbereiding van nieuwe wetgeving. Deze redelijke uitleg wordt aansluitend consequent toegepast in alle geschillen die onder de reikwijdte van de bepaling vallen, en mag daarom jurisprudentierecht worden genoemd. Op 1 april 1998, het moment van de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving over de toestemming van de moeder bij de erkenning van haar kind, heeft de rechterlijke macht bijna tien jaar het door de Hoge Raad ontwikkelde jurisprudentierecht toegepast.⁵⁷

⁵⁴ HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 440, r.o. 3.2.

⁵⁵ HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 65; HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 261, m.nt. J. de Boer; HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 871; HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 121.

⁵⁶ Een cassatieberoep in 1995 stelt de Hoge Raad voor de vraag naar de betekenis van de reikwijdte van de zinsnede 'bij het leven van de moeder' van artikel 1:224 lid 1 onder d BW. De Hoge Raad beslist dat een uitdrukkelijke weigering tot erkenning van de moeder, zelfs als deze testamentair is vastgelegd, een erkenning door de vader na haar dood niet onmogelijk maakt. Het Gerechtshof Arnhem had in hoger beroep geoordeeld dat de weigering tot erkenning van de moeder na haar dood niet vervalt, HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 405, m.nt. J. de Boer, hof r.o. 6 en Hoge Raad r.o. 3.3-3.4. Desalniettemin laat de Hoge Raad de afwijzing van het verzoek tot erkenning in stand, omdat de afweging van belangen van de vader tegenover de belangen van het kind in het nadeel van de vader uitvalt. Het oordeel van de Hoge Raad in deze beschikking houdt stand bij het EHRM, EHRM 5 november 2002, *NJ* 2005, 34, m.nt. J. de Boer (*Yousef/Nederland*).

⁵⁷ Advocaat-generaal Moltmaker spreekt in zijn conclusie bij een van de beschikkingen waarin de Hoge Raad oordeelt over het afstammingsrecht dat na 1 april 1998 in

Artikel 94 Grondwet toegepast

De Hoge Raad heeft met de redelijke uitleg de rechten van partijen voor zover mogelijk gewaarborgd, de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 8 EVRM beëindigd en zijn positie ten opzichte van de wetgever in het oog gehouden, omdat hij de belangenafweging die de wetgever dient te maken, niet heeft doorkruist. De rechter heeft met het jurisprudentierecht een bijdrage geleverd aan de rechtsontwikkeling op het gebied van de rechtsgeldigheid van de erkenning van een kind en aan het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht.

4.3.2 De erkenning door een niet met de moeder gehuwde man tot 1 april 1998

Tot 1998 was het voor een gehuwde man niet mogelijk om een kind dat hij bij een andere vrouw dan zijn echtgenote had verwekt, te erkennen.⁵⁸ In 1987 verzoekt een dan nog getrouwde man de Rechtbank Amsterdam de ambtenaar van de burgerlijke stand te gelasten een akte van erkenning op te maken voor een ongeborn kind. De vrouw die zwanger is van het kind, is niet de echtgenote van de verzoeker. De echtgenote van de man heeft de rechtbank laten weten dat zij zijn verzoek niet gehonoreerd wenst te zien. De rechtbank wijst het verzoek toe en geeft de ambtenaar van de burgerlijke stand opdracht om de akte van erkenning op te maken en het geboorteregister daarmee aan te vullen. Het kind is namelijk enige weken voor de beschikking van de rechtbank geboren.

De echtgenote van de man stelt hoger beroep in tegen de beschikking van de rechtbank. Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank met de volgende motivering:

werking is getreden van “het vóór de inwerkingtreding van het nieuwe [afstammingsrecht] geldende jurisprudentiële recht”, HR 16 februari 2001, NJ 2001, 571, m.nt. J. de Boer, conclusie A-G onder 2.1.3.

⁵⁸ Artikel 1:224 lid 1 onder b BW luidde van 1 januari 1970 tot 1 april 1998: Een erkenning is nietig, indien zij is gedaan door een gehuwde man, wiens huwelijk meer dan 306 dagen voor de geboortedag van het kind is voltrokken.

Art. 8 lid 2 EVRM staat de nationale wetgever toe in de daarin genoemde gevallen het in lid 1 genoemde recht te beperken. Of zulk een geval zich voordoet en tot welke beperkingen afweging van de betrokken belangen leidt, staat in de eerste plaats ter beoordeling van de wetgever. [...]

Wanneer, zoals in het onderhavige geval, omtrent de betrokken materie recentelijk een wetsontwerp is ingediend waarin de desbetreffende nationale wetsbepaling uitdrukkelijk wordt gehandhaafd, zal de rechter, in afwachting van het oordeel van de wetgever, bij die toetsing nauwe grenzen moeten stellen aan zijn rechtsvormende taak en de nationale wetsbepaling zoveel mogelijk moeten respecteren.

Daarvan uitgaande is het hof van oordeel dat de voormelde verbodsbepaling van art. 1:224 lid 1 aanhef en sub b BW als zodanig en in het algemeen geacht moet worden een toegestane inmenging te zijn als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM op het in lid 1 van dat artikel genoemde recht, nu die bepaling bij de wet is voorzien en naar het oordeel van het hof zeer wel beschouwd kan worden als een bepaling die in een democratische samenleving nodig is voor de in voormeld lid 2 genoemde doeleinden, in het bijzonder voor de bescherming van de rechten en vrijheden van de gehuwde vrouw tegen erkenning door haar echtgenoot van een kind, geboren uit een andere vrouw.⁵⁹

Het hof acht de nationale bepaling niet onverenigbaar met artikel 8 EVRM. De beperking die de nationale bepaling aanbrengt op het recht op familie- en gezinsleven, blijft, aldus het hof, binnen de grenzen van artikel 8 lid 2 EVRM. De man stelt tegen de beschikking van het hof cassatieberoep in. De Hoge Raad volgt het oordeel van het Amsterdamse hof niet en overweegt:

Een wettelijke bepaling als de onderhavige, die het onder alle omstandigheden onmogelijk maakt dat een onwettig kind door zijn vader wordt erkend zolang deze gehuwd is, sluit een concrete belangenafweging als vorenbedoeld uit en miskent het door het Europese Hof tot uitdrukking gebrachte evenredigheidsvereiste.⁶⁰

⁵⁹ HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450, m.nt. E.A.A. Luijten, gerechtshof r.o. 3.3.

⁶⁰ HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 3.4.

Artikel 94 Grondwet toegepast

De Hoge Raad motiveert dit oordeel met een verwijzing naar vaste rechtspraak van het EHRM.⁶¹ De Hoge Raad noemt in zijn motivering, anders dan het hof en de advocaat-generaal,⁶² niet het enige maanden eerder ingediende wetsvoorstel waarin het verbod wordt gehandhaafd. De Hoge Raad oordeelt dat een absoluut verbod zoals is opgenomen in artikel 1:224 lid 1 onder b BW niet verenigbaar is met artikel 8 EVRM. Het recht van de biologische vader en het buitenechtelijke kind op een familierechtelijke relatie kan onder omstandigheden zwaarder wegen dan de belangen van de echtgenote en eventuele wettige kinderen uit het huwelijk. Zo mitigeert de Hoge Raad anderhalf jaar na het mitigeren van het vetorecht van de moeder van artikel 1:224 lid 1 onder d BW met een analoge motivering ook het absolute verbod van artikel 1:224 lid 1 onder b BW.

Waar het hof zich terughoudend opstelt omdat een wetsvoorstel ahangig is, spreekt de Hoge Raad zich helder uit met een oordeel dat haaks staat op het ingediende wetsvoorstel.

Afronding

Het oordeel van de Hoge Raad over het absolute verbod voor een gehuwde man om een buitenechtelijk kind te erkennen wekt inhoudelijk geen verbazing na de uitspraken over het vetorecht van de moeder om de erkenning te weigeren. Wel mag het duidelijke signaal aan de wetgever dat in deze uitspraak besloten ligt, opvallend worden genoemd. Het zou verdedigbaar zijn om te beweren dat de Hoge Raad met deze uitspraak zijn positie ten opzichte van de wetgever heeft veronachtzaamd. Toch is dit naar mijn mening niet het geval. Het signaal aan de wetgever kan worden uitgelegd als een poging van de rechter de wetgever te behoeden voor het aannemen van een wet die naar het oordeel van de Hoge Raad evident onverenigbaar is met het internationale recht en de internationale recht-

⁶¹ HR 10 november 1989, NJ 1990, 450, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 3.4. De Hoge Raad verwijst expliciet naar EHRM 21 juni 1988, NJ 1988, 746, m.nt. E.A. Alkema (*Berrehab/Nederland*).

⁶² HR 10 november 1989, NJ 1990, 450, m.nt. E.A.A. Luijten, conclusie A-G onder 2.8. De advocaat-generaal geeft in zijn conclusie aan dat de reacties in de Tweede Kamer over het handhaven van een absoluut verbod voor een gehuwde man om zijn buitenechtelijke kind te erkennen, verdeeld zijn.

spraak. Met deze uitspraak komt de rechter op voor de rechten van partij- en zoals het internationale recht deze beschermt en neemt de rechter mijns inziens de verantwoordelijkheid die past bij zijn positie in het staatsbestel. Het mag wel teleurstellend worden genoemd dat de Hoge Raad deze toch wel uitzonderlijke uitspraak zo karig motiveert.

4.3.3 De toestemming van de moeder bij de erkenning vanaf 1 april 1998

In het nieuwe afstammingsrecht dat op 1 april 1998 in werking treedt, is voor een rechtsgeldige erkenning de voorafgaande schriftelijke toestemming van de moeder aan andere regels gebonden dan in het jurisprudentierecht van de Hoge Raad van 1988. De moeder kan nog slechts tot het kind zestien jaar oud is invloed uitoefenen op de rechtsgeldigheid van de erkenning en niet meer, zoals onder het 'oude' recht, gedurende het hele leven.⁶³ Verder is het doorslaggevende criterium niet langer of de weigering van de moeder slechts kan worden opgevat als misbruik van haar bevoegdheid. De beslissende vraag is nu of de erkenning schadelijk is voor de belangen van de moeder in de verhouding met haar kind en voor de belangen van het kind zelf. Daarnaast moet de man die vervangende toestemming van de rechter vraagt om zijn kind te erkennen, de verwekker en niet slechts de biologische vader⁶⁴ van het kind zijn.⁶⁵

⁶³ De tekst van artikel 1:204 lid 1 onder c BW luidt vanaf 1 april 1998: De erkenning is nietig, indien zij is gedaan indien het kind de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de moeder.

⁶⁴ De biologische vader van het kind is niet noodzakelijkerwijs ook zijn verwekker. Een kind dat wordt geboren via kunstmatige inseminatie heeft wel een biologische vader maar geen verwekker. Verwekker is uitsluitend de man die samen met de moeder op natuurlijke wijze het kind heeft laten ontstaan.

⁶⁵ De tekst van artikel 1:204 lid 3 BW luidt, voor zover van belang, vanaf 1 april 1998: De toestemming van de moeder wier kind de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, [...] kan op verzoek van de man die het kind wil erkennen, door de toestemming van de rechtbank worden vervangen, indien de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden, en de man de verwekker is van het kind. In het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan

Artikel 94 Grondwet toegepast

Voor zover mij bekend, oordeelt de Hoge Raad op 16 februari 2001 voor de eerste keer over de verenigbaarheid van de ‘nieuwe’ bepalingen over erkenning met artikel 8 EVRM.

Uit een relatie tussen een zestienjarige vrouw en een zeventienjarige man wordt na het beëindigen van de relatie een kind geboren. Na de geboorte wordt de moeder via een rechterlijke beschikking meerderjarig verklaard, waardoor zij van rechtswege het ouderlijk gezag over haar kind krijgt.⁶⁶ Kort na de geboorte ontmoet de moeder een nieuwe man met wie zij is getrouwd en van wie zij zwanger is op het moment dat het hof zijn beschikking geeft. De ex-vriend en verwekker van het kind wil het kind erkennen, maar de moeder weigert de daarvoor benodigde toestemming. Hij verzoekt de rechtbank om vervangende toestemming voor de erkenning. De rechtbank heeft na een positief advies van de Raad voor de Kinderbescherming het verzoek van de vader toegewezen. Het Gerechtshof Amsterdam heeft het hoger beroep van de moeder verworpen en de beschikking van de rechtbank bekrachtigd.⁶⁷

De moeder stelt tegen de uitspraak van het hof cassatieberoep in. Een van de cassatiemiddelen bevat de klacht dat het hof is voorbijgegaan aan het feit dat tussen de verwekker en het kind geen relatie bestaat, die is aan te merken als familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM. Naar het oordeel van de Hoge Raad faalt deze klacht omdat:

Zoals blijkt uit [...] de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling (art. 1:204 lid 3 BW – JdW), heeft de wetgever toentertijd onder ogen gezien of de mogelijkheid van vervangende toestemming beperkt zou moeten blijven tot de gevallen waarin tussen de man die een kind wil erkennen en het kind

door adoptie wordt voor de toepassing van de vervangende toestemming tot erkenning in de zin van artikel 1:204 lid 3 BW de biologische vader van het kind die tot het kind in een nauwe persoonlijke betrekking staat, gelijkgesteld met de verwekker van het kind, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 2, p. 4; zie ook Nuytinck 2010, p. 345.

⁶⁶ Artikel 1:253ha BW juncto artikel 1:253b lid 1 en 3 BW.

⁶⁷ HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571, m.nt. J. de Boer, conclusie A-G onder 1.2-1.9.

‘family life’ bestaat. Van deze beperking heeft hij echter welbewust afgezien.⁶⁸

In een ander cassatiemiddel is de klacht aangevoerd dat het hof niet de juiste maatstaf heeft aangelegd bij het geven van het antwoord op de vraag in hoeverre de erkenning de belangen van het kind zou schaden. De Hoge Raad oordeelt over deze klacht dat:

Anders dan het middel betoogt kan, nu de wetgever met het scheppen van de wettelijke mogelijkheid van vervangende toestemming juist heeft beoogd bij afstamming meer aansluiting te zoeken bij de biologische werkelijkheid, met name niet worden aanvaard dat reeds het enkele feit dat het kind (enige) weerslag ondervindt van de inbreuk die de erkenning maakt op het tussen hem en de echtgenoot van zijn moeder bestaande ‘family life’, schade aan zijn belangen als bedoeld in art. 1:204 lid 3 oplevert.⁶⁹

Nadat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat alle cassatiemiddelen falen, verwerpt hij het cassatieberoep. Het hof heeft het nieuwe recht over de vervangende toestemming tot erkenning bij een weigerachtige moeder goed toegepast.

De eerste twee analysevragen worden door de Hoge Raad positief beantwoord. Artikel 8 EVRM is een ieder verbindend en het geschil valt onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM. Maar anders dan onder het ‘oude’ afstammingsrecht beantwoordt de Hoge Raad de derde analysevraag voor het ‘nieuwe’ recht negatief. De nationale bepaling is niet onverenigbaar met artikel 8 EVRM. De Hoge Raad volgt de wetgever bij de toepassing van de bepaling over de erkenning. Hij past het artikel toe in de interpretatie die de wetgever, naar uit de wetsgeschiedenis blijkt, voor ogen heeft gehad. Deze toepassing is, aldus de Hoge Raad, verenigbaar met artikel 8 EVRM. Dit blijkt ook uit een aantal beschikkingen van de Hoge Raad uit de periode 2001 – 2008.⁷⁰ In al deze uitspraken oordeelt de Hoge Raad

⁶⁸ HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571, m.nt. J. de Boer, r.o. 3.4 en conclusie A-G onder 2.1.2; zie ook HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 464, r.o. 3 en conclusie A-G onder 2.7.3.

⁶⁹ HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571, m.nt. J. de Boer, r.o. 3.7.

⁷⁰ HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 464; HR 31 mei 2002, *NJ* 2002, 470, m.nt. J. de Boer; zie ook Hof 's-Gravenhage 10 mei 2006, *RFR* 2006, 115; HR 9 april 2004, *NJ* 2005,

Artikel 94 Grondwet toegepast

over beschikkingen van lagere rechters, waarin de bepaling over de toestemming van de moeder bij de erkenning is toegepast volgens de interpretatie die de wetgever er blijkens de wetsgeschiedenis aan heeft willen toekennen.⁷¹ De gekozen interpretatie en toepassing zijn niet onverenigbaar met de internationale verdragsverplichtingen die op Nederland rusten. Het antwoord op de derde analysevraag is in al deze beschikkingen negatief.

In 2003 spreekt de Hoge Raad zich uit over een geval dat eigenlijk niet valt onder de reikwijdte van artikel 1:204 lid 3 BW. Het is namelijk niet de verwekker, maar de biologische vader die de Rechtbank Utrecht verzoekt om vervangende toestemming voor de erkenning van zijn minderjarige kind. Het kind is geboren na kunstmatige inseminatie met het zaad van de man. De moeder is samen met haar vrouwelijke levenspartner belast met het ouderlijk gezag over het kind en voor het contact tussen de vader en het kind bestaat een omgangsregeling. De rechtbank verleent de vervangende toestemming, ondanks het feit dat artikel 1:204 lid 3 BW eist dat de man de verwekker van het kind is.⁷²

De moeder stelt tegen de beschikking van de rechtbank hoger beroep in bij het Gerechtshof Amsterdam. Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank en verklaart de man niet-ontvankelijk in zijn verzoek, omdat hij niet de verwekker van het kind is.

565; zie ook Hof 's-Hertogenbosch 9 februari 2005, *RFR* 2005, 84; HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 248, m.nt. J. de Boer; HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 339; zie ook Hof 's-Gravenhage 23 januari 2008, *RFR* 2008, 56 en Hof Amsterdam 20 januari 2009, *RFR* 2009, 94; HR 10 november 2006, *NJ* 2008, 537, m.nt. Th.M. de Boer; HR 16 mei 2008, *RvdW* 2008, 520; zie ook Hof 's-Gravenhage 8 juli 2009, *LJN* BJ2734; Rb. Haarlem 22 april 2008, *LJN* BD0830; Rb. Haarlem 23 december 2008, *LJN* BI9313.

⁷¹ In HR 28 april 2006, *NJ* 2006, 557, m.nt. A.V.M. Struycken oordeelt de Hoge Raad over artikel 1:204 lid 1 onder e BW.

⁷² In het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie wordt voor de toepassing van de vervangende toestemming tot erkenning in de zin van artikel 1:204 lid 3 BW de biologische vader van het kind die tot het kind in een nauwe persoonlijke betrekking staat, gelijkgesteld met de verwekker van het kind, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 2, p. 4; zie ook Nuytinck 2010, p. 345.

In cassatie bevestigt de Hoge Raad de uitleg die het hof aan artikel 1:204 lid 3 BW heeft gegeven. De Hoge Raad is het echter niet eens met het oordeel van het hof dat de man niet-ontvankelijk is in zijn verzoek:

Zulks (de betekenis van artikel 1:204 lid 3 BW – JdW) laat echter onverlet de gelding van het bepaalde in art. 8 EVRM. Ingevolge dit artikel heeft de biologische vader die ‘family life’ heeft met zijn kind, ongeacht de wijze waarop de zwangerschap is ontstaan, recht op bescherming van dit ‘family life’.

Het Hof was ingevolge art. 8 EVRM verplicht na te gaan of de man voldoende concrete omstandigheden had gesteld op grond waarvan het bestaan van ‘family life’ tussen hem en het kind kon worden aangenomen. Het Hof heeft dit echter nagelaten. Het oordeel van het Hof de man niet in zijn verzoek te ontvangen alleen omdat het bepaalde in art. 1:204 lid 3 BW geen grond biedt tot behandeling van het verzoek van de man tot vervangende toestemming om L. (het kind – JdW) te erkennen, is derhalve in zoverre op een onjuiste rechtsopvatting gebaseerd.

Het hiervoor [...] overwogene leidt echter niet tot vernietiging van de beschikking omdat de man bij zijn beroep tot cassatie geen belang heeft. Zoals blijkt uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.5 vermelde wetsgeschiedenis, is de wetgever ervan uitgegaan dat bij de aan art. 8 EVRM te ontnemen bescherming van het ‘family life’ van de biologische vader die niet de verwekker van het kind is, rekening zal worden gehouden met de [...] rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het recht van de moeder om te weigeren toestemming te verlenen tot erkenning (NJ 1989, 170 en NJ 1991, 374 – JdW). Te dien aanzien geldt in deze zaak het volgende. Veronderstellenderwijze aangenomen dat tussen de man en het kind ‘family life’ zou bestaan, zou de moeder in het onderhavige geval [...] alleen dan misbruik maken van haar bevoegdheid om toestemming tot erkenning te weigeren als zij in feite geen enkel te respecteren belang bij haar weigering heeft (HR 18 mei 1990, nr. 7546, NJ 1991, 374). De stukken van het geding laten echter geen andere conclusie toe dan dat de vrouw een – door de man niet weersproken – rechtens te respecteren belang bij haar weigering toestemming tot erkenning te verlenen heeft, zodat

Artikel 94 Grondwet toegepast

van misbruik door de moeder van haar bevoegdheid tot weigering van toestemming geen sprake is.⁷³

Artikel 1:204 lid 3 BW is niet van toepassing en er is ook geen andere nationale bepaling waarin het voorliggende geval is geregeld. Er bestaat dus een lacune in de nieuwe nationale regelgeving. Het geschil valt onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM, dus de tweede analysevraag wordt positief beantwoord. De derde vraag of de nationale bepaling onverenigbaar is met artikel 8 EVRM, kan eigenlijk niet worden beantwoord vanwege de lacune in het nationale recht. De lacune heeft echter wel tot gevolg dat het nationale recht onverenigbaar is met artikel 8 EVRM. De Hoge Raad beëindigt de onverenigbaarheid door het jurisprudentierecht van vóór 1 april 1998 toe te passen. Als de weigering van de moeder slechts kan worden gekwalificeerd als misbruik van bevoegdheid, dan kan de rechter de biologische vader die niet de verwekker is, vervangende toestemming tot erkenning geven. De Hoge Raad sluit met deze keuze aan bij de opmerking van de regering bij het wetsvoorstel van artikel 1:204 lid 3 BW in de memorie van toelichting:

Indien de weigering toestemming tot de erkenning te verlenen geen ander doel dient dan de potentiële erkenner te schaden, zal de rechter aan deze weigering voorbij kunnen gaan.⁷⁴

Zo wordt het jurisprudentierecht van vóór 1 april 1998 ook na de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen over de toestemming tot erkenning toegepast. De rechter weet met deze uitspraak opnieuw de rechten van partijen zoals vastgelegd in het internationale recht, te beschermen zonder zijn positie ten opzichte van de wetgever te veronachtzamen. De Hoge Raad vult een lacune in de nationale regelgeving door de toepassing van zijn eigen jurisprudentierecht. De regering heeft dit jurisprudentierecht in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel over het afstammingsrecht overgenomen.

⁷³ HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386, m.nt. J. de Boer, r.o. 3.5-3.6.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 3, p. 11-12; zie ook HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386, m.nt. J. de Boer, conclusie A-G onder 2.4-2.6.

Afronding

De nieuwe bepalingen over een rechtsgeldige erkenning die op 1 april 1998 in werking zijn getreden, acht de rechter verenigbaar met de eisen die het internationale recht stelt. De nieuwe bepalingen geven aan welke belangenafweging de rechter dient te maken bij de vraag of hij vervangende toestemming kan geven voor de erkenning, als de moeder haar toestemming heeft geweigerd. De bepaling is anders dan het door de Hoge Raad ontwikkelde jurisprudentierecht. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de wetgever zijn eigen afwegingen heeft gemaakt en dat de Hoge Raad het wetgevingsproces niet heeft doorkruist.

Wel is de Hoge Raad genoodzaakt een lacune in het nationale recht die leidt tot onverenigbaarheid met artikel 8 EVRM, op te vullen. De Hoge Raad grijpt hiervoor terug naar het door hem zelf in 1988 ontwikkelde jurisprudentierecht. Hij geeft de wetgever hiermee net zoals vóór 1998 de ruimte om zijn eigen afwegingen te maken.

Opnieuw waarborgt de Hoge Raad zoveel mogelijk de rechten van partijen en de verenigbaarheid van de nationale bepaling met het verdragsrecht en geeft hij zich rekenschap van zijn positie ten opzichte van de wetgever.

4.4 De wettiging van natuurlijke kinderen

Een natuurlijk kind wordt een wettig kind wanneer de echtgenoot van de moeder het kind erkent vóór of tijdens het huwelijk.⁷⁵ Als door het overlijden van een van de ouders het huwelijk niet meer mogelijk is, kan de wettiging plaatsvinden via brieven van wettiging. Een verzoek tot het verlenen van brieven van wettiging moest tot 1 juli 1993 worden gericht aan de Koning en vanaf 1 juli 1993 aan de Minister van Justitie.⁷⁶ De Koning

⁷⁵ Artikel 1:214 BW luidde van 1 januari 1970 tot 1 april 1998: Een natuurlijk kind wordt gewettigd, wanneer het door de echtgenoot van de moeder wordt erkend hetzij voor of staande het huwelijk, hetzij na ontbinding van het huwelijk door overlijden van de moeder.

⁷⁶ Artikel 1:215 BW luidde van 1 januari 1970 tot 1 april 1998:
1. Indien na de erkenning van het kind het voorgenomen huwelijk van zijn ouders door de dood van een van hen onmogelijk is geworden, kunnen aan de Koning/Onze Minister van Justitie brieven van wettiging worden verzocht. Het

Artikel 94 Grondwet toegepast

of de Minister van Justitie vroeg over een verzoek om brieven van wettiging advies aan de Hoge Raad.⁷⁷

4.4.1 De brieven van wettiging: de reikwijdte van artikel 1:215 BW

In 1992 buigt de Hoge Raad zich over de vraag of hij een positief advies kan uitbrengen aan de koningin over de verlening van brieven van wettiging aan een in 1939 geboren zoon. De zoon is bij een ongehuwde vrouw verwekt door een overspelige man. De man was nog getrouwd met een andere vrouw, toen zijn buitenechtelijke zoon werd geboren. In 1941, enige maanden na de ontbinding van zijn huwelijk, trouwt de vader met de moeder van zijn buitenechtelijke zoon. In 1949, na een huwelijk van ongeveer acht jaar, overlijdt de vader. Tot 1970 was het voor de vader niet mogelijk om een in overspel verwekt kind te erkennen.⁷⁸ Hierdoor was ook de wettiging van het kind door het huwelijk van de ouders uitgesloten.

In 1992, de zoon is dan ruim vijftig jaar oud en zijn vader is dan al meer dan veertig jaar geleden overleden, verzoekt de zoon de koningin om hem brieven van wettiging te verlenen. Door de brieven van wettiging zal hij alsnog de status van wettige zoon van zijn biologische vader verwerven. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de in 1970 in werking getreden bepalingen kan, aldus de Hoge Raad, worden opgemaakt dat de bepalingen exclusieve en onmiddellijke werking hebben. Dit betekent dat vanaf 1 januari 1970, ongeacht het moment waarop de feiten hebben

verzoek kan zowel door de langstlevende ouder als, na diens overlijden, door het kind worden gedaan.

2. Het verzoek om brieven van wettiging kan ook worden gedaan, indien de man die, kennis dragende van haar zwangerschap, voornemens was met de moeder te huwen, voor de geboorte van het kind is overleden zonder het te hebben erkend.

⁷⁷ Artikel 1:216 BW luidde van 1 januari 1970 tot 1 april 1998: Over het verzoek om brieven van wettiging wint de Koning / Onze Minister van Justitie het advies in van de Hoge Raad der Nederlanden. Deze hoort de bloedverwanten van de ouders of doet hen horen; hij kan ook bevelen, dat het verzoek in door hem aan te wijzen dagbladen wordt bekend gemaakt.

⁷⁸ Artikel 343 lid 2 BW luidde tot 1 januari 1970: Een in overspel of bloedschande geteeld kind kan door zijn vader niet erkend worden.

plaatsgevonden, alle feiten onder het nieuwe wettelijke regime vallen.⁷⁹ Uit de wetsgeschiedenis concludeert de Hoge Raad dat de wetgever met de bepalingen de bedoeling heeft gehad een einde te maken aan het onderscheid tussen in overspel verwekte kinderen en andere buiten het huwelijk geboren kinderen. De wetgever heeft daarbij de situatie die nu aan de Hoge Raad is voorgelegd, over het hoofd gezien. De vader die zijn buitenechtelijke kind niet meer kan erkennen, omdat hij is overleden en die zijn buitenechtelijke kind bij leven niet heeft kunnen erkennen, omdat de wet hem dat niet toestond.

Dit brengt mee dat de uitwerking van het door de wetgever ontwikkelde stelsel een lacune bevat, die door uitleg van de betreffende wetsbepalingen zal moeten worden opgevuld. [...]

Naar het oordeel van de Hoge Raad brengt een redelijke uitleg van art. 215 in het licht van het hiervoor weergegeven stelsel van de wet mee dat de toepasselijkheid van de regeling betreffende brieven van wettiging ook in een geval als het onderhavige moet worden aanvaard. [...]

Deze oplossing strookt met het streven in internationaal verband om de achterstelling van overspelige, bloedschennige en natuurlijke kinderen waar mogelijk op te heffen, zoals dit streven onder meer tot uiting is gekomen in het arrest van het Europese Hof van 13 juni 1979, *NJ* 1980, 462 (Marckx).⁸⁰

De Hoge Raad vult een lacune in het wettelijk stelsel door een redelijke uitleg van de nationale bepaling. Gezien het aanknopen van de Hoge Raad bij het Marckxarrest mag worden geconcludeerd dat de Hoge Raad de eerste tweede analysevragen positief beantwoordt. Artikel 8 EVRM is een ieder verbindend en dit verzoek tot advies over het verlenen van brieven van wettiging valt onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM. De derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 8 EVRM, kan de Hoge Raad eigenlijk niet beantwoorden, omdat er geen nationale bepaling is die op het voorliggende geschil van toe-

⁷⁹ HR 8 oktober 1992, *NJ* 1993, 730, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, r.o. 8.

⁸⁰ HR 8 oktober 1992, *NJ* 1993, 730, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, r.o. 9-10.

Artikel 94 Grondwet toegepast

passing is. Het ontbreken van een nationale bepaling die op het voorliggende geschil van toepassing is, leidt tot onverenigbaarheid met artikel 8 EVRM. De Hoge Raad beëindigt de onverenigbaarheid door aan een nationale bepaling een ruimer toepassingsbereik toe te kennen, waardoor het voorliggende geschil wel onder de reikwijdte van deze bepaling komt. Dit ruimere toepassingsbereik past, aldus de Hoge Raad, binnen het door de wetgever ontwikkelde wettelijk stelsel.

In 1996 herhaalt de Hoge Raad in een soortgelijk geval, waarin de vader niet eerder heeft kunnen erkennen en vóór 1970 is overleden, met een verwijzing naar het zojuist besproken advies, zijn oordeel. In het advies van 1996 oordeelt de Hoge Raad dat:

... een redelijke uitleg van art. 1:215 BW mee[brengt] dat de toepasselijkheid van de regeling betreffende brieven van wettiging ook in een geval als het onderhavige moet worden aanvaard.⁸¹

Twee maanden na de beschikking van oktober 1992 moet de Hoge Raad de koningin opnieuw adviseren over een verzoek tot verlening van brieven van wettiging. In dit geval is artikel 1:215 lid 2 BW in het geding. Opnieuw laat de Hoge Raad de bedoeling van de wetgever bij het tot stand komen van de wettelijke bepaling prevaleren boven de tekst van de bepaling. In deze beschikking verwijst de Hoge Raad niet naar het internationale recht. Het is naar mijn mening echter zeer wel verdedigbaar dat een negatief advies van de Hoge Raad zou hebben geleid tot een schending van artikel 14 in samenhang met artikel 8 EVRM en een schending van artikel 26 IVBPR.

Artikel 1:215 lid 2 BW stelt als voorwaarde voor het verlenen van de brieven van wettiging dat de overleden vader op de hoogte was van de zwangerschap, waaruit het kind is geboren. In casu is de man acht maanden en vijftien dagen vóór de geboorte van het kind overleden, waardoor hij onmogelijk kennis kon dragen van de zwangerschap van de moeder. De Hoge Raad oordeelt echter dat:

⁸¹ HR 26 september 1996, *NJ* 1997, 421, m.nt. J. de Boer, r.o. 2.2.

Strikte toepassing van dit vereiste zou in een geval als het onderhavige leiden tot een onaanvaardbaar resultaat, dat de wetgever kennelijk niet voor ogen heeft gehad [...] De strekking van de bepaling – wettiging van een nog niet erkend kind mogelijk te maken in gevallen waarin een voorgenomen huwelijk geen doorgang kan vinden door overlijden van de vader – noopt niet tot aanvaarding van dit resultaat. Een redelijke wetstoepassing brengt dan ook mede dat de hier bij de verhoren gebleken feiten voldoende zijn, te weten dat de vader de wens had om een kind bij de moeder te verwekken en dat de moeder de vader in kennis zou hebben gesteld van haar zwangerschap zodra dit mogelijk zou zijn geweest.⁸²

Strikte toepassing van de wettelijke bepaling leidt in het voorliggende verzoek tot een onaanvaardbaar resultaat. Evenals in het vorige advies kiest de Hoge Raad voor een ruimere toepassing van de bepaling onder verwijzing naar het oogmerk van de wetgever bij de totstandkoming van de wet. De Hoge Raad spreekt in deze beschikking van een redelijke wetstoepassing waar hij in de twee eerder besproken beschikkingen het begrip redelijke wetsuitleg gebruikte.

In 1996 verruimt de Hoge Raad de toepassing van het tweede lid nog een keer na een verzoek om advies over de verlening van brieven van wettiging. In dit geval droeg de man kennis van de zwangerschap, maar had hij het kind nog niet erkend. Enkele weken voor de geboorte van zijn dochter wordt de man in het ziekenhuis opgenomen. Een aantal dagen voor de geboorte raakt de man in coma. Hij overlijdt drie dagen na de geboorte van zijn dochter, zonder nog uit zijn coma te zijn ontwaakt. Door de niet-erkenning voor de geboorte is niet voldaan aan de voorwaarde die artikel 1:215 lid 1 BW stelt, en door het overlijden van de man kort na de geboorte is eveneens niet voldaan aan een van de vereisten van artikel 1:215 lid 2 BW. De Hoge Raad oordeelt echter:

Het zou evenwel tot een onaanvaardbaar resultaat leiden, dat de wetgever kennelijk niet voor ogen heeft gehad, om op grond hiervan een belemme-

⁸² HR 3 december 1992, *NJ* 1993, 731, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd onder *NJ* 1993, 730.

Artikel 94 Grondwet toegepast

ring tegen inwilliging van het verzoek aanwezig te achten. Aldus zou aan het kind [...] de staat van wettig kind worden onthouden.

De strekking van art. 1:215 lid 2 is wettiging van een nog niet erkend kind mogelijk te maken in gevallen waarin een voorgenomen huwelijk geen doorgang kan vinden door overlijden van de vader. Het strookt hiermee het hier aanwezige geval op één lijn te stellen met het geval dat de man is overleden vóór de geboorte van het kind.⁸³

Opvallend aan dit oordeel van de Hoge Raad is dat de situatie die zich in casu voordoet, aan de orde is geweest tijdens de totstandkoming van deze bepaling. Een Tweede Kamerlid heeft gevraagd of de regeling van artikel 1:215 lid 2 BW niet zou moeten worden uitgebreid tot die gevallen waarin de man kort na de geboorte overlijdt zonder het kind te hebben erkend. De regering heeft opgemerkt dat voorzichtigheid in een dergelijk geval op haar plaats is, omdat, aldus de regering:

Het gevaar bestaat, dat de man op deze wijze een kind in de schoenen wordt geschoven. Immers verondersteld wordt, dat hij het kind niet heeft erkend, hoewel hij daar – ook reeds vóór de geboorte – gelegenheid voor had.⁸⁴

Hoewel de Hoge Raad ook in deze beschikking niet verwijst naar verdragsbepalingen, werkt het gelijkheidsbeginsel door in het advies van de Hoge Raad. Gezien vanuit het perspectief van de analysevragen beantwoordt de Hoge Raad de eerste twee analysevragen positief. Opnieuw kan hij de derde analysevraag eigenlijk niet beantwoorden, omdat er geen nationale bepaling is die van toepassing is op het geschil, en dit leidt tot onverenigbaarheid met het internationale recht. De Hoge Raad beëindigt de onverenigbaarheid door aan de nationale bepaling een ruimer toepassingsbereik toe te kennen.

⁸³ HR 21 november 1996, *NJ* 1997, 422, m.nt. J. de Boer, Hoge Raad.

⁸⁴ Parlementaire geschiedenis invoering Boek 1, p. 1330; zie ook HR 21 november 1996, *NJ* 1997, 422, m.nt. J. de Boer, noot onder 5.

Afronding

Tussen de beschikkingen over artikel 1:215 lid 1 BW en artikel 1:215 lid 2 BW bestaat een nuanceverschil in het woordgebruik van de Hoge Raad. Het betreft het verschil tussen de keuze voor de begrippen *redelijke wetsuitleg* en *redelijke wetstoepassing*. De keuze voor een van de begrippen, wetsuitleg of wetstoepassing is niet toevallig en het gemaakte onderscheid is niet zonder betekenis.

In de beschikkingen over artikel 1:215 lid 1 BW spreekt de Hoge Raad over een *redelijke wetsuitleg*. Via de *redelijke wetsuitleg* wordt een lacune in het wettelijk stelsel gevuld. Het eerste lid wordt door de *redelijke uitleg* van toepassing op een groep gevallen die de wetgever bij het ontwerpen van de wet over het hoofd heeft gezien. Dat zijn die gevallen waarin de vader vóór 1970 is overleden en het voor de vader door wettelijke barrières onmogelijk was zijn kind eerder te erkennen.

In de beschikkingen over het tweede lid spreekt de Hoge Raad over een *redelijke wetstoepassing* of oordeelt hij dat het passend is om het voorliggende geval op één lijn te stellen met de door de wet geregelde gevallen. Annotator De Boer omschrijft de oplossing van de Hoge Raad als “analogische toepassing van art. 215 lid 2”.⁸⁵ De *redelijke* of *analoge toepassing* van lid 2 geldt alleen voor de twee individuele gevallen, waarover de Hoge Raad een advies moet uitbrengen vanwege de specifieke omstandigheden van deze gevallen. De Hoge Raad formuleert in deze twee beschikkingen geen ruimere uitleg van artikel 1:215 lid 2 BW die algemeen geldend wordt. Elk nieuw verzoek zal op grond van de aard en omstandigheden van het specifieke geval worden beoordeeld. Pas als op grond van het voorliggende geval de gebruikelijke toepassing van artikel 1:215 lid 2 BW een onaanvaardbaar resultaat tot gevolg heeft, zal de Hoge Raad opnieuw kiezen voor een *redelijke wetstoepassing*. Dit betekent dat de keuze van de Hoge Raad in de laatst besproken beschikking om voorbij te gaan aan de geciteerde opmerking van de regering bij de totstandkoming van de wet vooralsnog beperkt blijft tot dit ene uitzonderlijke geval.

⁸⁵ HR 21 november 1996, NJ 1997, 422, m.nt. J. de Boer, noot onder 3, cursivering J. de Boer.

Artikel 94 Grondwet toegepast

De Hoge Raad beschermt de rechten van partijen en beëindigt de onverenigbaarheid van het nationale recht met de verdragsbepaling. Hij voorkomt via een redelijke wetstoepassing een onaanvaardbaar resultaat. Gezien de bijzondere aard en omstandigheden van deze twee gevallen kan niet worden gezegd dat de Hoge Raad zijn positie in de staatsrechtelijke verhoudingen uit het oog heeft verloren, zelfs niet nu een van de beide gevallen bij de bespreking van het wetsvoorstel aan de orde is geweest. In dit geschil geldt namelijk niet, zoals is gebleken uit het horen van de bloedverwanten van de overleden vader, dat hem tegen zijn wil “een kind in de schoenen wordt geschoven”.

4.4.2 De brieven van wettiging: terugwerkende kracht

Een andere vraag die aan de orde komt met betrekking tot de brieven van wettiging, is of de artikelen 8 en 14 EVRM ertoe nopen aan de brieven van wettiging terugwerkende kracht te verlenen. In de nationale bepalingen is vastgelegd dat aan de wettiging geen terugwerkende kracht toekomt. De wettiging werkt vanaf de dag waarop de brieven van wettiging zijn verleend.⁸⁶ Na een positief advies van de Hoge Raad over het verlenen van brieven van wettiging in februari 1994 vraagt de moeder enige weken later in een aanvullend verzoek om aan de brieven van wettiging terugwerkende kracht te verlenen, omdat alleen dan de aanspraken van het kind op de erfenis van zijn vader volledig kunnen worden gehonoreerd. Verzoekster refereert aan de eerdere keuze van de Hoge Raad om door een redelijke uitleg van artikel 1:215 BW het onderscheid tussen wettige en onwettige niet-erkende kinderen op te heffen,⁸⁷ waardoor ook de onverenigbaarheid met de artikelen 8 en 14 EVRM werd beëindigd. Zij verzoekt om ten aanzien van de terugwerkende kracht een analoge redenering te volgen. De Hoge Raad honoreert haar verzoek niet. De Hoge Raad laat het antwoord

⁸⁶ Artikel 1:219 lid 1 eerste volzin BW luidde tot 1 april 1998: De wettiging bedoeld in artikel 215 van dit boek werkt van de dag waarop de brieven van wettiging zijn verleend.

⁸⁷ HR 8 oktober 1992, *NJ* 1993, 730, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd.

op de derde analysevraag ‘in het midden’, omdat het beëindigen van een eventuele onverenigbaarheid zijn rechtsvormende taak te buiten gaat:

De vraag of deze regel in verband met haar consequenties voor de erfrechtelijke aanspraken van het kind op de nalatenschap van haar overleden vader wellicht onverenigbaar is met art. 8, al of niet in verbinding met art. 14 EVRM, kan in het midden blijven, omdat het vaststellen van de gevolgen van een eventuele onverenigbaarheid de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat en zeker ook niet kan plaatsvinden in het kader van een advies naar aanleiding van een verzoek om brieven van wettiging.⁸⁸

Hoewel de Hoge Raad spreekt over een eventuele onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de artikelen 8 en 14 EVRM, mag ook nu worden geconcludeerd dat het antwoord op de derde analysevraag positief is. Enige maanden later herhaalt de Hoge Raad zijn oordeel:

Het vaststellen van de gevolgen van een eventuele onverenigbaarheid als hier bedoeld, in het bijzonder ten aanzien van de consequenties voor de erfrechtelijke aanspraken van het kind op de nalatenschap van zijn overleden vader, gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.⁸⁹

De Hoge Raad motiveert in beide beschikkingen niet expliciet, waarschijnlijk omdat evident is dat dit keuzes van rechtspolitieke aard vergt, waarom het vaststellen van de gevolgen van de eventuele onverenigbaarheid zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.

In januari 1997 buigt de Hoge Raad zich over een cassatieberoep waarin ook de problematiek van erfrechtelijke aanspraken van een onwettig, niet-

⁸⁸ HR 27 oktober 1994, *NJ* 1995, 467, m.nt. J. de Boer.

⁸⁹ HR 24 februari 1995, *NJ* 1995, 468, m.nt. J. de Boer, r.o. 3.4. De verzoekers in deze zaak starten na de uitspraak van de Hoge Raad een procedure bij het EHRM. In EHRM 3 oktober 2000, *NJ* 2001, 258, m.nt. J. de Boer (*Camp & Bourimi/Nederland*), oordeelt het EHRM dat voor het maken van onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen en tussen door de vader erkende kinderen en kinderen bij wie de brieven van wettiging in de plaats komen van de erkenning, zeer gewichtige redenen moeten bestaan. In casu acht het EHRM deze redenen niet aanwezig, waardoor er sprake is van het maken van ongerechtvaardigd onderscheid. Het EHRM beantwoordt de derde analysevraag positief, de nationale bepaling is niet verenigbaar met de artikelen 8 en 14 EVRM.

Artikel 94 Grondwet toegepast

erkend kind centraal staat. Een onwettige niet-erkende zoon stelt een vordering in tegen de neef van zijn putatieve biologische vader, een notaris. Hij eist van de neef dat deze de nalatenschap van zijn overleden vader aan hem afgeeft. Omdat de overleden notaris nooit gehuwd is geweest, geen wettige kinderen heeft achtergelaten en geen testament heeft opgesteld waarin hij over zijn nalatenschap beschikte, is de neef de wettige erfgenaam. De zoon bestrijdt niet dat hij volgens de wet, wegens het ontbreken van de erkenning door zijn biologische vader, geen erfgenaam van hem is. Hij vindt echter dat hij op grond van de artikelen 8 en 14 EVRM als erfgenaam dient te worden beschouwd. Ter onderbouwing van zijn stelling voert de zoon aan dat tussen hem en zijn vader een jarenlange relatie heeft bestaan. De zoon is van mening dat deze relatie moet worden gekwalificeerd als familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM op grond van de aard en frequentie van de relatie tussen hem en zijn moeder, en zijn vader. Daarnaast voert de zoon aan dat zijn vader vanaf zijn geboorte tot zijn meerderjarigheid periodiek een bijdrage heeft geleverd aan de kosten van zijn verzorging en opvoeding. Op basis van deze feiten is de zoon van mening dat hij zijn erfrechtelijke aanspraken geldend moet kunnen maken. Deze situatie valt niet onder de reikwijdte van artikel 1:215 BW, omdat de notaris nooit de intentie heeft gehad om te trouwen met de moeder van de buitenechtelijke zoon. Het is derhalve niet mogelijk om brieven van wettiging aan te vragen. Dit zou de zoon overigens niet baten, omdat de brieven van wettiging geen terugwerkende kracht hebben en zoals uit de hierboven besproken beschikkingen is gebleken, honoreert de Hoge Raad verzoeken om aan de brieven van wettiging wel terugwerkende kracht te geven niet.

De rechtbank en het hof hebben de vordering van de zoon afgewezen met een verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad van 24 februari 1995, *NJ* 1995, 468.⁹⁰ De Hoge Raad beantwoordt onder andere door een verwijzing naar twee arresten van het EHRM de eerste twee analysevragen

⁹⁰ HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483, m.nt. J. de Boer, hof r.o. 6.4 en r.o. 4.3.

positief.⁹¹ Hij volgt de stelling van de zoon dat het geschil valt onder de reikwijdte van de artikelen 8 en 14 EVRM.⁹² Aansluitend merkt de Hoge Raad op dat een wetsvoorstel tot herziening van het afstammingsrecht aanhangig is bij de Tweede Kamer. In dit wetsvoorstel is een regeling voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap opgenomen.⁹³ Uit het verloop van de rechtsoverwegingen blijkt dat het aanhangige wetsvoorstel het oordeel van de Hoge Raad niet wijzigt, omdat:

Niet zeker is vooralsnog of deze wetgeving in de nu voorgestelde vorm inderdaad tot stand zal komen.

Uit deze gang van zaken komt naar voren dat de wetgever zich op het standpunt heeft gesteld dat een herziening van het afstammingsrecht [...] niet mogelijk is zonder belangrijke keuzen van rechtspolitieke aard te maken en dat het daarvoor noodzakelijke wetgevende proces nog niet is geëindigd. [...] In de tweede plaats volgt hieruit dat het hier gaat om keuzen die naar hun aard de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. Zulks brengt mee dat evenmin mogelijk is om geheel of ten dele op de voormelde wetgeving vooruit te lopen.

Het voorgaande brengt mee dat de Hoge Raad geen aanleiding ziet en ook geen mogelijkheid aanwezig acht terug te komen van hetgeen is beslist in zijn arrest van 24 februari 1995, *NJ* 1995, 468, ook niet in het licht van de door het middel genoemde uitspraak van het EHRM van 27 oktober 1994, *NJ* 1995, 248.⁹⁴

⁹¹ EHRM 13 juni 1979, *NJ* 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*); EHRM 29 november 1991, serie A nr. 214-C (*Vermeire/België*).

⁹² Het EHRM volgt enige jaren later de stelling van de notariszoon niet. Het EHRM oordeelt dat het geschil niet valt onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM, omdat de sporadische contacten tussen de zoon en zijn vermeende biologische vader niet kunnen worden beschouwd als familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM. Het EHRM beantwoordt derhalve de tweede analysevraag negatief en spreekt zich daarom niet uit over de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepalingen niet verenigbaar is met de artikelen 8 en 14 EVRM, EHRM 13 januari 2004, *NJ* 2005, 113, m.nt. J. de Boer (*Haas/Nederland*).

⁹³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 2, p. 4 en nr. 3, p. 1-2. Het oorspronkelijk voorgestelde artikel is in de nota van wijziging op enkele procedurele punten aangepast, *Kamerstukken II* 1996/97, 24 649, nr. 7, p. 2.

⁹⁴ HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483, m.nt. J. de Boer, r.o. 4.4 en 4.6.

Artikel 94 Grondwet toegepast

De Hoge Raad bevestigt zijn uitspraak van twee jaar eerder. Het antwoord op de derde analysevraag – Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? – laat de Hoge Raad zonder dit expliciet te noemen opnieuw ‘in het midden’. In deze beschikking motiveert de Hoge Raad wel expliciet waarom hij de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de artikelen 8 en 14 EVRM niet kan beëindigen. Dit vergt belangrijke rechtspolitieke keuzes die naar hun aard de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. En omdat niet zeker is of het ingediende wetsvoorstel ongewijzigd zal worden aangenomen, is het niet mogelijk om op het wetgevend proces vooruit te lopen.

Welbeschouwd heeft de Hoge Raad in 1991 al eens de vraag voorgelegd gekregen om door een rechterlijke beslissing het vaderschap vast te stellen. Ook in het toen aanhangige wetsvoorstel, een ander wetsvoorstel dan bij de hiervoor besproken beschikking, was de rechtsfiguur van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap opgenomen.⁹⁵ De moeder van een minderjarige dochter had een andere weg gekozen om familierechtelijke betrekkingen tussen de verwekker die weigerde zijn kind te erkennen, en zijn dochter tot stand te brengen. Zij verzocht de rechter als het ware de erkenning gerechtelijk vast te stellen. De ambtenaar van de burgerlijke stand zou moeten worden gelast een akte van erkenning op te maken en in de registers van de burgerlijke stand op te nemen. Deze akte zou moeten vermelden dat de verwekker van het kind zijn natuurlijk kind erkende. De Rechtbank Rotterdam had het verzoek van de moeder toegewezen. Het Gerechtshof 's-Gravenhage vernietigde in hoger beroep de beschikking van de rechtbank en verklaarde de vrouw niet-ontvankelijk in haar verzoek. Het hof beantwoordde de tweede analysevraag of de een ieder verbindende verdragsbepaling van toepassing is op het geschil, voor artikel 8 EVRM negatief. Tussen de verwekker en zijn dochter heeft nimmer een relatie bestaan die is te kenmerken als familie- en gezinsleven in de zin van

⁹⁵ *Kamerstukken II* 1987/88, 20 626, nr. 2, p. 4-5. Dit wetsvoorstel is op 4 juli 1988 ingediend en is op 19 oktober 1993 ingetrokken, *Kamerstukken II* 1993/94, 20 626, nr. 9, p. 2.

artikel 8 EVRM. Hierdoor strandde ook het beroep op het gelijkheidsbeginsel van artikel 14 EVRM. De vrouw heeft echter ook een beroep gedaan op artikel 26 IVBPR en het hof beantwoordt de tweede analysevraag voor artikel 26 IVBPR wel positief. Ook de derde analysevraag of de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR, beantwoordt het hof positief:

Naar het oordeel van het hof levert de onbeperkte vrijheid van de man als verwekker van M. (de dochter – JdW) om, zonder toetsingsmogelijkheid door de rechter, niet tot erkenning van M. over te gaan, een discriminatie in de zin van gemeld art. 26 op ten opzichte van de vrouw en/of ten opzichte van M.⁹⁶

Op de vierde analysevraag – Beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? Zo ja, op welke wijze? – antwoordt het hof:

De vraag of de rechter deze ongelijkheid dient op te heffen beantwoordt het hof evenwel ontkennend. Er bestaat aanleiding tot terughoudendheid nu niet aanstonds duidelijk is in welke mate voormelde vrijheid van de verwekker dient te worden ingeperkt, gelet ook op de (voor een deel in de toekomst verscholen) belangen van de moeder en van het kind. [...]

Het hof verwijst in dit verband voorts, naar het wetsontwerp ‘Herziening van het afstammingsrecht’ (nr. 20 626), waarin is voorzien de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap met staatsgevolg, over de inhoud van welk wetsontwerp en van het voorontwerp de commentaren vooralsnog verdeeld zijn. Het is dan ook ongewenst dat de rechter – ongewild – de discussie tussen regering en Staten-Generaal over een aanhangig wetsvoorstel zou beïnvloeden.⁹⁷

Het hof beëindigt de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR niet, omdat dit op meerdere manieren mogelijk is. Het hof wil voorkomen dat het door het maken van een keuze voor een van de mogelijkheden het wetgevingsproces beïnvloedt. Hij laat de formele wetgever de ruimte om zonder ‘last van een rechterlijke uitspraak’ een wet

⁹⁶ Hof ’s-Gravenhage 1 maart 1991, *NJ* 1991, 732, r.o. 9.

⁹⁷ Hof ’s-Gravenhage 1 maart 1991, *NJ* 1991, 732, r.o. 10.

Artikel 94 Grondwet toegepast

tot stand te brengen die verenigbaar is met de diverse verdragsbepalingen. De Hoge Raad verwerpt het door de vrouw ingestelde cassatieberoep. Hij herhaalt in zijn oordeel de motivering van het Haagse hof.⁹⁸

Afronding

De moeder wier cassatieberoep in 1992 door de Hoge Raad wordt verworpen, heeft in juli 1989 de rechtbank verzocht de erkenning gerechtelijk vast te stellen. In april 1998 vindt de wetswijziging plaats die een einde maakt aan het ongeoorloofde onderscheid tussen wettige en onwettige, niet-erkende kinderen. De diverse rechters laten derhalve bijna tien jaar de situatie bestaan dat de toepassing van de nationale bepalingen niet verenigbaar is met het internationale recht zonder de onverenigbaarheid te beëindigen. Dit heeft tot gevolg dat de rechten van partijen in deze periode in het licht van het internationale recht niet of onvoldoende worden beschermd. Gedurende deze periode stelt de rechter zich terughoudend op en laat hij het initiatief aan de wetgever om de onverenigbaarheid van nationale bepalingen met verdragsbepalingen te beëindigen, omdat hiervoor rechtspolitieke keuzen nodig zijn die naar hun aard de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. De Hoge Raad laat na de rechten van een individuele rechtzoekende te beschermen volgens de eisen die het internationale recht stelt, omdat hij het wetgevend proces niet wenst te doorkruisen. Als de inwerkingtreding van nieuwe wetgeving zoals in casu bijna tien jaar op zich laat wachten, kan de vraag worden gesteld of de wetgever door de lange duur van het wetgevingsproces en de rechter door zijn terughoudende opstelling hun verantwoordelijkheid voor de staatsrechtelijke verhoudingen niet hebben veronachtzaamd.

4.4.3 De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap

In april 1998 treedt het nieuwe afstammingsrecht in werking. Hierin is de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap gecodificeerd. De mogelijkheid om het vaderschap door de rechter te laten vaststellen vervangt de

⁹⁸ HR 3 april 1992, NJ 1993, 286, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 3.2.

brieven van wettiging.⁹⁹ De moeder van een kind dat jonger is dan zestien jaar, en het kind kunnen de rechtbank verzoeken om het vaderschap van de verwekker van het kind vast te stellen. Dit verzoek kan onder bepaalde voorwaarden ook worden gedaan als de verwekker of het kind is overleden. Anders dan bij de brieven van wettiging werkt de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap terug tot de geboorte van het kind zonder dat de te goeder trouw verkregen rechten van derden hierdoor mogen worden geschaad.¹⁰⁰

In oktober 2000 verzoekt een moeder namens haar in 1995 geboren zoon het vaderschap vast te stellen van een in Marokko geboren man die kort daarvoor is overleden. Deze man was op het moment van de geboorte van de zoon nog getrouwd met een andere vrouw. In 1986 is uit dit huwelijk een dochter geboren. In 1998 is het huwelijk door echtscheiding ontbonden. In oktober 2002 stelt de Rechtbank Zutphen het vaderschap vast na een DNA-onderzoek door het forensisch laboratorium. De ex-echtgenote van de overleden man stelt mede namens haar nog minderjarige dochter beroep in tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de in 1995 geboren jongen. Zij voert aan dat de vaststelling van het vaderschap

⁹⁹ Wet van 24 december 1997 tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie, *Stb.* 1997, 772.

¹⁰⁰ Artikel 1:207 BW luidde vanaf 1 april 1998, voor zover van belang:

1. Het vaderschap van een man kan, ook indien deze is overleden, op de grond dat deze de verwekker is van het kind of op de grond dat de man als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, door de rechtbank worden vastgesteld op verzoek van: a. de moeder, tenzij het kind de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt; b. het kind.
4. Overlijdt het kind voordat vaststelling van het vaderschap heeft kunnen plaatsvinden, dan kan een afstammeling van het kind in de eerste graad de vaststelling van het vaderschap aan de rechtbank verzoeken, mits de man bedoeld in het eerste lid, nog in leven is. Het verzoek wordt gedaan binnen een jaar na de dag van overlijden of binnen een jaar nadat het overlijden ter kennis van de verzoeker is gekomen.
5. De vaststelling van het vaderschap, mits de beschikking daartoe in kracht van gewijsde is gegaan, werkt terug tot het moment van de geboorte van het kind. Te goeder trouw door derden verkregen rechten worden hierdoor nochtans niet geschaad. Voorts ontstaat geen verplichting tot teruggave van vermogensrechtelijke voordelen, voor zover degene die hen heeft genoten ten tijde van het doen van het verzoek daardoor niet was gebaat.

Artikel 94 Grondwet toegepast

een inbreuk is op het familie- en gezinsleven van haar en haar dochter. Deze inbreuk op artikel 8 EVRM is niet gerechtvaardigd, omdat er tussen de overleden man en de jongen nooit familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM heeft bestaan. De vaststelling van het vaderschap vormt daardoor in casu, aldus verzoekster, een schending van artikel 14 EVRM. De Hoge Raad volgt verzoekster niet in haar betoog:

Volgens art. 1:207 lid 1 BW is voor de vaststelling van het vaderschap van een man, voor zover hier van belang, niet meer vereist dan dat deze de verwekker van het kind is; [...] Dit is ook de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever geweest, zoals blijkt uit [...] de parlementaire geschiedenis van de Wet van 24 december 1997, *Stb.* 773 (lees: 772),¹⁰¹ waarbij deze bepaling is vastgesteld. Uit deze wetsgeschiedenis blijkt voorts dat de wetgever met deze bepaling ook heeft beoogd een met het EVRM strijdig verschil op te heffen tussen kinderen die binnen een huwelijk en kinderen die buiten huwelijk zijn geboren. [...] Voor zover het middel zou willen betogen dat art. 1:207 BW in strijd is met art. 8 EVRM omdat het een verdergaande bescherming van het kind biedt dan laatstgenoemde bepaling vereist, verliest het uit het oog dat het de nationale wetgever vrijstaat een verdergaande bescherming te bieden dan uit het EVRM voortvloeit.¹⁰²

De rechtbank mag, aldus de Hoge Raad, zonder nadere afwegingen het vaderschap van een man vaststellen als duidelijk is dat deze man de verwekker is van het kind. De Hoge Raad merkt op dat de wetgever met het nieuwe wetsartikel heeft beoogd het ongeoorloofde onderscheid tussen wettige en onwettige, niet-erkende kinderen op te heffen. De Hoge Raad oordeelt dat de wetgever hierin is geslaagd en dat de toepassing van de bepaling over de vaststelling van het vaderschap in casu niet onverenigbaar is met de artikelen 8 en 14 EVRM. Het antwoord op de derde analysevraag is negatief. De nationale bepaling kan worden toegepast.¹⁰³

¹⁰¹ In *Stb.* 1997, 773 is de Aanpassingswet afstammings- en adoptierecht gepubliceerd.

¹⁰² HR 25 maart 2005, *NJ* 2005, 313, r.o. 3.2.

¹⁰³ Ook het EHRM acht de nationale bepaling over de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet onverenigbaar met de artikelen 8 en 14 EVRM, EHRM 9 september 2008, *NJ* 2009, 413 (*R./Nederland*).

Ook de notariszoon ziet door het nieuwe afstammingsrecht weer kansen om alsnog de nalatenschap van zijn vermeende biologische vader te verkrijgen. De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap werkt immers, in tegenstelling tot de brieven van wettiging, wel terug tot de geboorte van het kind. Daarnaast is voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap het bestaan van familie- en gezinsleven tussen de verwekker en zijn kind niet vereist.¹⁰⁴ Als het vaderschap van de notaris gerechtelijk zou worden vastgesteld, dan zou tussen de vader en de zoon vanaf zijn geboorte een familierechtelijke betrekking bestaan en zou de zoon vanaf zijn geboorte erfgenaam zijn van zijn vader, de notaris.

De zoon verzoekt medio 2002 de Rechtbank Amsterdam om het vaderschap van de overleden notaris gerechtelijk vast te stellen. De beschikking waarin de rechtbank het verzoek van de zoon toewijst, wordt medio 2004 na DNA-onderzoek¹⁰⁵ bekrachtigd door het Amsterdamse gerechtshof. Tegen deze beschikking van het Amsterdamse hof wordt geen cassatieberoep ingesteld. Aansluitend eist de zoon de afgifte van de nalatenschap van de erfgenamen van de inmiddels overleden neef van zijn vader. De Rechtbank Leeuwarden wijst de vordering van de notariszoon in november 2004 toe,¹⁰⁶ waarna het Gerechtshof Leeuwarden in oktober 2007 de uitspraak van de rechtbank bekrachtigt.¹⁰⁷ De erfgenamen van de overleden neef, zijn echtgenote en twee kinderen, stellen beroep in cassatie in. Echter tevergeefs, de Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. In zijn oordeel onderbouwt de Hoge Raad, met nagenoeg dezelfde motivering als in de hierboven geciteerde rechtsoverweging uit de beschikking van 25 maart 2005, *NJ* 2005, 313, dat artikel 1:207 BW verenigbaar is met de van toepassing zijnde verdragsbepalingen.¹⁰⁸ De Hoge Raad beantwoordt de

¹⁰⁴ EHRM 9 september 2008, *NJ* 2009, 413 (*R./Nederland*).

¹⁰⁵ Door het DNA-onderzoek is met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vastgesteld dat de notaris de biologische vader van de verzoeker is.

¹⁰⁶ Rb. Leeuwarden 10 november 2004, *LJN* AR5883.

¹⁰⁷ Hof Leeuwarden 10 oktober 2007, *RFR* 2007, 140.

¹⁰⁸ HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 295, m.nt. S. Perrick; *AA* 2010, p. 264 m.nt. A.J.M. Nuytinck, r.o. 3.2-3.3. Voor een uitgebreide annotatie waarin alle juridische aspecten van deze bijna achttien jaar durende rechtsstrijd aan de orde komen, verwijs ik naar Nuytinck 2009, p. 46-50.

Artikel 94 Grondwet toegepast

derde analysevraag opnieuw negatief. De nieuwe bepalingen over het afstammingsrecht kunnen toepassing vinden.

In de afgelopen jaren heeft zich toch één geval voorgedaan, waarbij het nieuwe afstammingsrecht en dan met name artikel 1:207 lid 4 BW in strijd werd geacht met het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Een moeder van een in 2002 geboren en in 2006 overleden zoon verzoekt de rechtbank om het vaderschap van een man gerechtelijk vast te stellen en om te bepalen dat haar overleden zoon alsnog de geslachtsnaam van de man krijgt. Op grond van artikel 1:207 lid 4 BW kan uitsluitend een afstammeling van een overleden kind in de eerste graad binnen bepaalde termijnen verzoeken om het vaderschap gerechtelijk vast te stellen. Voor de moeder van een overleden kind bestaat geen mogelijkheid om het vaderschap door de rechter te laten vaststellen. De rechtbank wijst het verzoek van de moeder daarom af. In hoger beroep verklaart de man ter zitting dat ook hij wil dat zijn vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld. De moeder en de man hebben tot het overlijden van het kind samen voor het kind gezorgd. Zij zorgen ten tijde van de zitting nog gezamenlijk voor hun andere kind, met wie zij samen met nog een kind van de moeder een gezin vormen. Op grond van deze omstandigheden en het arrest van het EHRM van 2 juni 2005¹⁰⁹ oordeelt het Gerechtshof Amsterdam dat:

... in dit geval de omstandigheid dat de moeder op grond van artikel 1:207 BW geen mogelijkheid heeft een verzoek tot vaststelling van het vaderschap van de man te doen in strijd is met artikel 8 EVRM. Dit betekent dat het verzoek van de moeder dient te worden getoetst aan de inhoudelijke voorwaarden die in artikel 1:207 BW aan gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt (lees: worden) gesteld.¹¹⁰

Het hof beantwoordt de eerste drie analysevragen alle drie impliciet dan wel expliciet positief. Artikel 8 EVRM is een ieder verbindend, het geschil valt onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM en de toepassing van artikel 1:207 lid 4 BW is niet verenigbaar met artikel 8 EVRM. Uit de laatste zin

¹⁰⁹ EHRM 2 juni 2005, *EHRC* 2005, 75, m.nt. E. Brems (*Znamenskaya/Rusland*).

¹¹⁰ Hof Amsterdam 14 juli 2009, *RFR* 2009, 110, r.o. 4.4.

van het citaat blijkt dat het hof artikel 1:207 lid 4 BW in casu toch toepast. Het hof gaat voorbij aan de in dat lid gegeven restrictie dat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een overleden kind slechts kan worden verzocht door zijn afstammelingen in de eerste graad. Het hof laat de onverenigbare bepaling dus gedeeltelijk buiten toepassing. Door het niet toepassen van de voorwaarde dat uitsluitend een nakomeling van het kind kan verzoeken om gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, wordt de reikwijdte van de bepaling in casu verruimd.¹¹¹

Het hof past artikel 1:207 lid 4 BW zo toe dat de rechten van partijen worden beschermd, de man wil immers ook dat zijn vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld, en dat de toepassing niet onverenigbaar is met de eisen die het internationale recht en de internationale rechtspraak stellen. Het hof lijkt met dit oordeel deze factoren te laten prevaleren boven zijn positie ten opzichte van de wetgever. Toch kan naar mijn mening worden gezegd dat het hof zich juist wel rekenschap geeft van zijn positie in het staatsbestel. De wetgever heeft met het nieuwe afstammingsrecht beoogd onverenigbaarheid met het internationale recht te voorkomen. In dit geval blijkt de toepassing van de nieuwe bepaling, ondanks het streven van de wetgever, niet verenigbaar met het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Het hof past de bepaling in casu zo toe als de wetgever heeft bedoeld, namelijk in overeenstemming met het internationale recht. Door het aansluiten bij de bedoeling van de wetgever bewaart het hof het evenwicht tussen de rechter en de wetgever, terwijl het ook de rechten van partijen waarborgt en een inbreuk op het internationale recht voorkomt. De vraag of de Hoge Raad de in casu door het hof gekozen oplossing accepteert, zal niet worden beantwoord, omdat tegen de beschikking van het Amsterdamse hof geen cassatieberoep is ingesteld.

Aan het einde van deze paragraaf vestig ik nog kort de aandacht op een uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba over de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. In deze zaak heeft een kind de rechter gevraagd het vaderschap van de over-

¹¹¹ Hof Amsterdam 14 juli 2009, RFR 2009, 110, r.o. 4.5-4.6.

Artikel 94 Grondwet toegepast

leden verwekker gerechtelijk vast te stellen. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie merkt op dat het afstammingsrecht nog geen jaar geleden is herzien. In het herziene afstammingsrecht is geen regeling voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap opgenomen, omdat de wetgever dit onderwerp nog “te omstreden” achtte. Desondanks stelt het Gemeenschappelijk Hof van Justitie zich de vraag of in casu op grond van de artikelen 8 en 14 EVRM het vaderschap niet toch gerechtelijk moet worden vastgesteld.¹¹² Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie beantwoordt deze vraag als volgt:

In het onderhavige geval heeft geen der betrokkenen – het kind, de moeder, de erfgenamen van de verwekker – bezwaar tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap; ook de verwekker zelf wenst vestiging van vaderschap tijdens zijn leven. Het geval voorzien in de hierboven in 4.2 weergegeven beschouwing van de Minister van Justitie – ook in HR 17 januari 1997, NJ 1997, 486 (lees: 483) voornoemd was er een conflict tussen het kind en een andere belanghebbende – doet zich niet voor.

Onder de gegeven omstandigheden dient naar het oordeel van het Hof, op grond van de artikelen 8 en 14 EVRM, het verzoek van het kind te worden ingewilligd. Het is, die bepalingen in aanmerking genomen, onaanvaardbaar om een vaderloos kind de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap te onthouden, indien al de betrokkenen daartegen geen bezwaar hebben en ook anderszins geen gewichtige redenen daaraan in de weg staan.¹¹³

Deze uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie mag, gezien de zeer recent herziene wetgeving en het standpunt van de wetgever over de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, tamelijk vrijmoedig worden genoemd. De vraag of de Hoge Raad het oordeel van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie in stand zou hebben gelaten, als cassatieberoep zou zijn ingesteld, zal onbeantwoord blijven.¹¹⁴

¹¹² Gem. Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 11 september 2001, NJ 2002, 40, r.o. 4.2-4.3.

¹¹³ Gem. Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 11 september 2001, NJ 2002, 40, r.o. 4.10-4.11.

¹¹⁴ In principe is het mogelijk om van een vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba cassatie in te stellen bij de Hoge Raad

Afronding

Na de herziening van het afstammingsrecht in 1998, waarmee de wetgever heeft beoogd de onverenigbaarheid met het internationale recht te beëindigen, oordeelt de rechter dat de toepassing van de bepalingen over de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap verenigbaar zijn met de eisen die de een ieder verbindende verdragsbepalingen en de internationale rechtspraak stellen.

Slechts in één uitzonderlijk geval oordeelt het Amsterdamse hof dat de toepassing van het nationale recht niet verenigbaar is met het internationale recht. Het hof beëindigt de onverenigbaarheid door de nationale bepaling toe te passen op een wijze die aansluit bij de bedoeling van de wetgever en die de rechten van partijen beschermt. Door een toepassing te kiezen die aansluit bij de bedoeling van de wetgever, heeft het hof zijn positie in de staatsrechtelijke verhoudingen voldoende in het oog gehouden.

4.5 Het gezag over minderjarige kinderen

In de jaren tachtig van de vorige eeuw konden slechts gehuwde ouders de ouderlijke macht over hun kinderen uitoefenen. Na een echtscheiding werd een van de ouders, meestal de moeder, benoemd tot voogd en werd de vader of iemand anders benoemd tot toeziend voogd over de kinderen.¹¹⁵ Bij ongehuwde ouders was de moeder van rechtswege voogdes over haar minderjarige kinderen¹¹⁶ en kon de vader door de rechter tot toeziend voogd worden benoemd. In beginsel was er in iedere voogdij

(der Nederlanden) in Den Haag. Dit vonnis behoort niet tot de uitzonderingen waarvan geen cassatie mogelijk is, artikelen 3 e.v. van de Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen en Aruba.

¹¹⁵ Artikel 1:161 lid 1 BW luidde tot 2 november 1995: Bij het echtscheidingsvonnis of bij latere beschikking benoemt de rechter over ieder minderjarig kind der echtgenoten één van de ouders tot voogd en benoemt hij tevens een toeziende voogd.

¹¹⁶ Artikel 1:287 lid 1 BW luidde tot 2 november 1995: Over een natuurlijk kind is de moeder van rechtswege voogdes, tenzij zij bij haar bevalling onbevoegd tot de voogdij was.

Artikel 94 Grondwet toegepast

slechts één voogd en één toezien voogd.¹¹⁷ De rechter was niet bevoegd om beide ouders tot voogd over hun kinderen te benoemen.

4.5.1 De ouderlijke macht tot 2 november 1995

Twee gescheiden ouders verzoeken in 1983 de Rechtbank Amsterdam om hen in weerwil van de wettelijke regels gezamenlijk met de voogdij te belasten. De rechtbank wijst het verzoek van de ouders af wegens strijd met artikel 1:161 BW en benoemt de moeder tot voogd en de vader tot toezien voogd. In hoger beroep bekrachtigt het Gerechtshof Amsterdam de beschikking van de rechtbank, waarna de ouders beroep in cassatie instellen bij de Hoge Raad.¹¹⁸ De Hoge Raad bevestigt het oordeel van de rechtbank en het hof dat de rechter op grond van artikel 1:161 lid 1 BW niet de bevoegdheid heeft om de beide ouders tot voogd te benoemen:

Aan art. 94 Gr.w kan de Rb. wel de bevoegdheid ontleen, het wettelijk voorschrift van art. 1:161 lid 1 BW buiten toepassing te laten, indien toepassing ervan in het gegeven geval niet verenigbaar is met art. 8 Europees Verdrag rechten van de mens, maar niet de bevoegdheid om een niet bij de wet voorziene en in het wettelijk systeem niet passende voogdijregeling te treffen.¹¹⁹

Uit deze rechtsoverweging blijkt dat de Hoge Raad de eerste twee analysevragen positief beantwoordt. Artikel 8 EVRM is een ieder verbindend en het geschil valt onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM. Aansluitend beantwoordt de Hoge Raad de derde analysevraag ook positief, de toepassing van artikel 1:161 lid 1 BW is in casu niet verenigbaar met artikel 8 EVRM:

Voor zover het middel zich richt tegen de bekrachtiging door het Hof van de benoeming van de moeder tot voogdes, met de klacht dat het Hof aldus onvoldoende rekening heeft gehouden met de werking in dit geval van

¹¹⁷ Artikel 1:279 lid 1 BW luidde tot 2 november 1995: Voor zover de wet niet anders bepaalt, is in iedere voogdij één voogd en één toezien voogd.

¹¹⁸ HR 4 mei 1984 *NJ* 1985, 510, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, onder 1.

¹¹⁹ HR 4 mei 1984 *NJ* 1985, 510, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.3.

art. 8 Europees Verdrag rechten van de mens is het dan ook terecht voorgesteld.¹²⁰

De Hoge Raad oordeelt dat de onverenigbaarheid kan worden beëindigd door de ouders in hun verzoek niet-ontvankelijk te verklaren, als uit onderzoek blijkt dat het beëindigen van de ouderlijke macht in het belang van het kind niet noodzakelijk is. Door het niet-ontvankelijk verklaren van de ouders komt de rechter niet toe aan het toepassen van artikel 1:161 lid 1 BW. Daardoor blijft op grond van artikel 1:161 lid 4 BW¹²¹ de bestaande situatie, de gezamenlijke uitoefening van de ouderlijke macht, bestaan. De Hoge Raad kiest een pragmatische oplossing binnen de mogelijkheden die de nationale bepaling biedt. Met deze pragmatische oplossing ontloopt de Hoge Raad als het ware de vraag of de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 8 EVRM, omdat hij door de verzoekers niet-ontvankelijk te verklaren niet toekomt aan de toepassing van de nationale bepaling. Naar mijn mening duurt de bestaande situatie dan ook niet voort op grond van artikel 1:161 lid 1 BW, maar enkel en alleen op grond van de niet-ontvankelijkheidsverklaring.

Deze beschikking van de Hoge Raad van 4 mei 1984 blijft niet lang onopgemerkt. Al in de zomer van 1984 verwijst een aantal rechtbanken in hun beschikkingen naar de uitspraak van de Hoge Raad. In haar beschikking van 18 juli 1984 overweegt de Rechtbank Middelburg dat het bij wijze van uitzondering mogelijk is, dat de ouders na een echtscheiding gezamenlijk met de ouderlijke macht bekleed blijven:

De Rb. is van oordeel dat in het algemeen de bescherming van de belangen van de betrokken minderjarigen met zich mee zal brengen dat na echt-

¹²⁰ HR 4 mei 1984 *NJ* 1985, 510, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.4.

¹²¹ Artikel 1:161 lid 4 BW luidde tot 2 november 1995: Totdat de voogdij van een volgens dit artikel benoemde voogd is aangevangen, blijft het gezag over de kinderen bij hem die dit tijdens het geding had, met dezelfde bevoegdheden en onder dezelfde verplichtingen als hij toen had. Volledigheidshalve merk ik op dat de Hoge Raad het beroep op artikel 23 lid 4 IVBPR afwijst, omdat hij de eerste analysevraag negatief beantwoordt. De Hoge Raad acht artikel 23 lid 4 IVBPR niet een ieder verbindend, HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.5.

Artikel 94 Grondwet toegepast

scheiding wordt overgegaan tot voorziening in de voogdij en toeziende voogdij over die minderjarigen. Dit kan anders zijn, wanneer de ouders zich in staat achten de kinderen in goede onderlinge verstandhouding te blijven verzorgen en opvoeden en zij op die grond beiden verzoeken om gezamenlijk met het gezag belast te blijven.¹²²

De Rechtbank Amsterdam gaat een stap verder door een verzoek van gescheiden ouders om de gezamenlijk uitgeoefende ouderlijke macht te laten herleven, in te willigen.¹²³ De rechtbank kent met dit oordeel als het ware terugwerkende kracht toe aan het oordeel van de Hoge Raad in zijn beschikking van 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510.

De Rechtbank Breda doet op 21 maart 1985 een soortgelijke uitspraak, waarin zij de ouderlijke macht van beide ouders herstelt met als argument dat er sprake is van een gewijzigde omstandigheid, namelijk dat tegenwoordig de ouderlijke macht na een echtscheiding in stand kan blijven.¹²⁴

Op exact dezelfde dag geeft ook het Gerechtshof 's-Hertogenbosch een beschikking over de mogelijkheid om de ouderlijke macht te herstellen, nadat na een echtscheiding de moeder tot voogd en de vader tot toeziend voogd zijn benoemd. Waar de Rechtbank Breda heeft geoordeeld dat er sprake is van een gewijzigde omstandigheid, oordeelt het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dat dit niet het geval is, waardoor het niet mogelijk is de ouderlijke macht te laten herleven.¹²⁵

In de tot nu toe besproken beschikkingen waren de verzoekers steeds gescheiden ouders. In juni 1985 behandelt de Kantonrechter Haarlem een verzoek van een ongehuwde moeder om samen met de vader met wie zij al enige tijd samenwoont, met de ouderlijke macht te worden bekleed. De moeder is van rechtswege voogdes over haar zoon en de vader die zijn zoon heeft erkend, is toeziend voogd. De moeder verwijst ter onderbouwing van haar verzoek naar de uitspraak van de Hoge Raad van 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510. De kantonrechter overweegt dat binnen het wettelijk

¹²² Rb. Middelburg 18 juli 1984, *NJ* 1985, 64.

¹²³ Rb. Amsterdam 10 augustus 1984, *NJ* 1985, 243.

¹²⁴ Rb. Breda 21 maart 1985, *NJ* 1986, 16.

¹²⁵ Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 1985, *NJ* 1985, 601, r.o. 4.4-4.5.

stelsel ouderlijke macht slechts bestaat binnen een huwelijk van de ouders. Op grond van de beschikking van de Hoge Raad waarop de moeder zich beroept, kan, aldus de kantonrechter, ouderlijke macht na de ontbinding van een huwelijk blijven bestaan, maar wordt zij niet gecreëerd. Het is daarom binnen het huidige wettelijk stelsel niet mogelijk om ongehuwde ouders met de ouderlijke macht te bekleden.¹²⁶ Aansluitend overweegt de kantonrechter:

De Ktr. sluit niet uit dat een toetsing van art. 287 lid 1 Boek 1 BW aan art. 8 Europees Verdrag mensenrechten zou kunnen uitwijzen dat eerstgenoemd artikel in de concrete situatie van het geval niet verenigbaar blijkt met het in art. 8 neergelegde grondrecht: in dat geval ligt het echter op de weg van de wetgever om de nationale wet aan te passen: de nationale rechter ontbeert de mogelijkheid om na een toetsing die leidt tot de gevolgtrekking dat in het concrete geval inbreuk wordt gemaakt op art. 8 Europees Verdrag mensenrechten een voorziening te treffen waarvoor in de nationale wet geen basis aanwezig is.¹²⁷

Uit deze slotoverweging blijkt dat de kantonrechter de eerste twee analysevragen positief beantwoordt. Hij geeft echter geen antwoord op de derde analysevraag of de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 8 EVRM, omdat hij bij een positief antwoord op deze vraag de geconstateerde onverenigbaarheid niet kan beëindigen. In de woorden van de Hoge Raad van 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230, laat de kantonrechter het antwoord op de vraag naar onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de een ieder verbindende verdragsbepaling ‘in het midden’.

De Kantonrechter Tilburg had een half jaar eerder anders geoordeeld over een zelfde verzoek van ongehuwd samenwonende ouders, van wie de man het natuurlijke kind van de vrouw voor de geboorte heeft erkend:

Dat de ouders niet zijn getrouwd is sinds genoemd arrest (lees: de beschikking) van de Hoge Raad (HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510 – JdW) geen probleem of beletsel meer, omdat, zoals gezegd, de ouderlijke macht is losge-

¹²⁶ Zie ook Rb. Arnhem 19 augustus 1985, *NJ* 1986, 15.

¹²⁷ Ktr. Haarlem 24 juni 1985, *NJ* 1986, 117, r.o. 5.

Artikel 94 Grondwet toegepast

koppeld van het huwelijk. Gezamenlijke ouderlijke macht voor ouders die gehuwd zijn is het stelsel van onze wet in een normale situatie. Niet meer gehuwde ouders kunnen intussen bekleed blijven met de ouderlijke macht. Niet valt in te zien, waarom ouders, die niet met elkaar zijn gehuwd en ook niet van plan zijn dat te doen, niet ook met de ouderlijke macht zouden kunnen worden belast.¹²⁸

De besproken beschikkingen van de feitenrechters¹²⁹ tonen dat er onder lagere rechters geen consensus heerst over hun bevoegdheid tot het toewijzen van de ouderlijke macht aan niet of niet meer gehuwde ouders. De lagere rechters oordelen verschillend over de gevolgen die aan de beschikking van de Hoge Raad van 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510 mogen worden verbonden. Dit heeft een negatief effect op de rechtszekerheid en de rechts-eenheid. Er lijkt dringend behoefte aan een uitspraak van de hoogste rechter die deze ongewenste situatie beëindigt.

Op 21 maart 1986 geeft de Hoge Raad een viertal beschikkingen over de uitoefening van de ouderlijke macht door ouders die in familierechtelijke betrekking tot hun kind staan, maar die niet of niet meer zijn getrouwd. Deze uitspraken worden, vanwege de datum waarop de Hoge Raad ze deed, ook wel de Lentebeschikkingen genoemd.¹³⁰ In deze vier beschikkingen oordeelt de Hoge Raad over de mogelijkheid voor gescheiden en nooit gehuwde ouders om de ouderlijke macht uit te oefenen.

De eerste beschikking betreft een verzoek van nooit gehuwde ouders om gezamenlijk met de ouderlijke macht te worden bekleed. Volgens de Hoge Raad stelt het verzoek:

... de vraag aan de orde of naar Nederlands recht, zoals dat tegen de achtergrond van art. 8 en 14 EVRM valt te verstaan, ouderlijke macht kan toekomen aan ouders die weliswaar tot hun minderjarige kinderen in fami-

¹²⁸ Ktr. Tilburg 28 december 1984, *Prg.* 1985, 2249.

¹²⁹ In zijn conclusie bij HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585, noemt advocaat-generaal Moltmaker nog een aantal beschikkingen uit 1984 en 1985 waarin feitenrechters een aantal keer wel en een aantal keer niet de ouderlijke macht toewijzen aan niet met elkaar gehuwde ouders, HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder 588, conclusie A-G onder 2.2.1 en 2.3.1.

¹³⁰ HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585-588, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten.

lierechtelijke betrekking staan, doch niet of niet meer met elkaar zijn gehuwd.¹³¹

De Hoge Raad begint zijn overwegingen met de constatering dat de wetsgeschiedenis het niet onmogelijk maakt om de geformuleerde vraag positief te beantwoorden.¹³² Aansluitend beantwoordt de Hoge Raad de tweede analysevraag positief. De uitoefening van de ouderlijke macht door de ouders gezamenlijk valt onder de reikwijdte van de rechten die artikel 8 EVRM beoogt te beschermen. Artikel 14 juncto artikel 8 EVRM verbiedt in beginsel het maken van onderscheid in de mogelijkheden van gehuwde en gescheiden of nooit gehuwde ouders om de ouderlijke macht uit te oefenen. Als aan een aantal voorwaarden is voldaan, dan is er geen rechtvaardiging voor het bestaande onderscheid in de mogelijkheid tot gezamenlijke uitoefening van de ouderlijke macht tussen gehuwde en gescheiden of nooit gehuwde ouders. In dat geval is het antwoord op de derde analysevraag positief, de toepassing van de nationale bepaling is niet verenigbaar met de verdragsbepaling. Een van de voorwaarden is, aldus de Hoge Raad, dat er tussen de ongehuwde ouders en hun kinderen familie-rechtelijke betrekkingen bestaan. Deze eis zorgt ervoor dat de groep ouders die kan verzoeken gezamenlijk de ouderlijke macht te mogen bekleden, duidelijk is bepaald, waardoor de rechtszekerheid niet in gevaar komt.¹³³ Een positief antwoord op de vraag of niet (meer) gehuwde ouders gezamenlijk de ouderlijke macht kunnen uitoefenen, strookt, aldus de Hoge Raad, met de maatschappelijke en de juridische ontwikkelingen. Dit blijkt uit de rechtspraak en uit het Voorontwerp herziening afstammingsrecht.¹³⁴ Na de opsomming van al deze aspecten formuleert de Hoge Raad de exacte voorwaarden waaronder ook gescheiden en nooit gehuwde ouders met de ouderlijke macht kunnen worden bekleed:

¹³¹ HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder *NJ* 1986, 588, r.o. 3.1.

¹³² HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder *NJ* 1986, 588, r.o. 3.2.

¹³³ HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder *NJ* 1986, 588, r.o. 3.3.

¹³⁴ HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder *NJ* 1986, 588, r.o. 3.4 en conclusie A-G onder 5.4.4.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Dit verzoek, dat door elk der ouders kan worden ingediend, kan slechts worden toegewezen indien:

- a. beide ouders tot het kind in familierechtelijke betrekking staan en tot uitoefening van het gezag over dit kind bevoegd zijn;
- b. blijkt dat beide ouders wensen met de ouderlijke macht te worden bekleed;
- c. aannemelijk is dat tussen de ouders de goede onderlinge verstandhouding bestaat die vereist is voor gezamenlijke uitoefening van het gezag, alsmede voor het in onderling overleg voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind, en
- d. het belang van het kind zich daartegen niet verzet.

Wat de onder c. bedoelde voorwaarde betreft, verdient aantekening dat als de ouders ten tijde van het inleidend onderzoek samenwonen, in de regel valt te veronderstellen dat zij is vervuld; wonen de ouders alsdan niet meer samen, dan zal aannemelijk moeten worden dat zij niettemin is vervuld.¹³⁵

Deze voorwaarden vormen het antwoord op het tweede deel van de vierde analysevraag. Door het formuleren van deze voorwaarden beëindigt de Hoge Raad de onverenigbaarheid van de nationale met de verdragsbepaling.

In een van de drie andere beschikkingen expliciteert de Hoge Raad nogmaals, evenals in de geciteerde beschikking, dat de beëindiging van de samenwoning tussen de ongehuwde ouders niet automatisch de beëindiging van de ouderlijke macht tot gevolg heeft. Aan de ouderlijke macht kan slechts een einde komen door een beschikking van de kantonrechter op verzoek van een van de ouders.¹³⁶ In de andere twee beschikkingen licht de Hoge Raad de mogelijkheden tot herstel van de gezamenlijke ouderlijke macht die na een echtscheiding is omgezet in voogdij,¹³⁷ nader

¹³⁵ HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder *NJ* 1986, 588, r.o. 3.6.

¹³⁶ HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 588, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.

¹³⁷ HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 586, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder *NJ* 1986, 588, r.o. 3.6.

toe en herhaalt hij de voorwaarde dat de gezamenlijke ouderlijke macht na een scheiding slechts kan voortduren als beide ouders dit wensen.¹³⁸

In de Lentebesikkingen heeft de Hoge Raad de rechtseenheid en de rechtszekerheid over de mogelijkheden voor ouders om de ouderlijke macht uit te oefenen hersteld door de eisen om de ouderlijke macht te continueren, te herstellen of te creëren precies te formuleren. Toch keert de rust nog niet direct terug.

Ruim een jaar later, in mei 1987, moet de Rechtbank Amsterdam oordelen over een verzoek van duurzaam samenwonende ongehuwde ouders om met de ouderlijke macht te worden bekleed. Deze ouders voldoen niet aan een van de eisen die de Hoge Raad in de Lentebesikkingen heeft gesteld. De vader heeft geen familierechtelijke relatie met zijn kind, omdat hij het kind niet heeft erkend. De vader heeft het kind niet erkend, omdat beide ouders willen dat het kind de achternaam van de moeder draagt. Als de vader het kind zou erkennen, zou het kind op grond van het toentertijd geldende naamrecht de achternaam van de vader krijgen.¹³⁹

De rechtbank bespreekt de twee redenen die de Hoge Raad ten grondslag heeft gelegd aan de eis, dat beide ouders familierechtelijke betrekkingen hebben met het kind over wie zij gezamenlijk de ouderlijke macht willen uitoefenen. De eerste reden is dat het bestaan van familierechtelijke betrekkingen de verwachtingen rechtvaardigt, dat de relatie met de beide ouders duurzaam zal zijn. Deze reden ondersteunt, aldus de rechtbank, de derde eis van de Hoge Raad, namelijk dat er sprake moet zijn van een goede onderlinge verstandhouding. In casu is aan deze eis voldaan, omdat de ouders al een aantal jaren duurzaam samenwonen en bewust kiezen voor de gezamenlijke opvoeding van hun kind. De tweede reden is het waarborgen van de rechtszekerheid. Ook dit rechtvaardigt naar het oordeel van de rechtbank niet de afwijzing van het verzoek, omdat de vader bevoegd is zijn kind te erkennen. Aansluitend overweegt de rechtbank:

¹³⁸ HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 587, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder *NJ* 1986, 588, r.o. 3.2.

¹³⁹ Zie ook par. 4.6.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Daarbij komt dat de situatie van ouderschap van een tot erkenning bevoegde vader, zoals in het onderhavige geval, duidelijk kan worden onderscheiden van andere situaties van sociaal ouderschap waarin die bevoegdheid niet bestaat en waarin omtrent het vestigen van ouderlijke macht (nog) geen *communis opinio* bestaat.¹⁴⁰

Nu, aldus de rechtbank, de ouderlijke vrijheid bij het kiezen van een achternaam voor hun kind in het voorontwerp van wet is opgenomen, staat niets aan de toekenning van de gezamenlijke ouderlijke macht in de weg.¹⁴¹ De rechtbank beantwoordt alle analysevragen positief en oordeelt daarmee dat de toepassing van het jurisprudentierecht van de Lentebeschikkingen in casu niet verenigbaar is met de artikelen 8 en 14 EVRM. De rechtbank beëindigt de onverenigbaarheid door een van de door de Hoge Raad gestelde voorwaarden te verruimen. Niet alleen de vader die familierechtelijke betrekkingen heeft met zijn kind, maar ook de vader die familierechtelijke betrekkingen met zijn kind kan realiseren, omdat hij bevoegd is zijn kind te erkennen, kan samen met de moeder met de ouderlijke macht worden bekleed. Een jaar later bevestigt de rechtbank haar uitspraak in een vrijwel identiek geding. Het enige verschil met de beschikking van een jaar eerder is dat de ouders niet samenwonen, maar een duurzame lat-relatie onderhouden.¹⁴²

Tegen deze twee beschikkingen van de Amsterdamse rechtbank stelt de advocaat-generaal bij de Hoge Raad cassatieberoep in het belang der wet in. De Hoge Raad accepteert de verruimde toepassing van een van de voorwaarden van de Lentebeschikkingen niet.¹⁴³ De Hoge Raad houdt vast aan de eisen die hij heeft gesteld in de Lentebeschikkingen, omdat naar zijn oordeel die eisen niet onverenigbaar zijn met de artikelen 8 en 14 EVRM.

¹⁴⁰ Rb. Amsterdam 4 mei 1987, *NJ* 1987, 842, r.o. V.10.

¹⁴¹ Rb. Amsterdam 4 mei 1987, *NJ* 1987, 842, r.o. VI.

¹⁴² Rb. Amsterdam 4 mei 1988, *NJ* 1989, 483.

¹⁴³ Ook in HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 741, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder *NJ* 1989, 742 en HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 105, m.nt. E.A.A. Luijten, houdt de Hoge Raad vast aan de criteria die hij in de Lentebeschikkingen heeft gesteld.

In de gevallen waarop de beschikkingen van de Rb. betrekking hebben, was aan de voormelde voorwaarden (de vier voorwaarden van de Lentebeschikkingen – JdW) niet voldaan. Anders dan de Rb. heeft geoordeeld is een voorwaarde van deze strekking niet onverenigbaar met het bepaalde in de art. 8 en 14 EVRM, nu het hier gaat om een inmenging die [...] uit het Nederlandse wettelijk stelsel betreffende de ouderlijke macht voortvloeit en die blijft binnen de grenzen van hetgeen art. 8 lid 2 aan wettelijke voorzieningen toelaat.¹⁴⁴

Anders dan de rechtbank beantwoordt de Hoge Raad de derde analysevraag of de nationale bepaling, in dit geval het jurisprudentierecht van de Lentebeschikkingen, niet verenigbaar is met de artikelen 8 en 14 EVRM, negatief. De Hoge Raad oordeelt dat de gestelde voorwaarde niet onverenigbaar is met de verdragsbepalingen, omdat deze voorwaarde uit het wettelijk stelsel voortvloeit. Dit is mijn inziens een behoorlijke opwaardering van het eigen jurisprudentierecht, die uitgebreider had behoren te worden gemotiveerd. Ook licht de Hoge Raad niet toe met het oog op welk doelcriterium van artikel 8 lid 2 EVRM de beperking is gesteld. Naar mijn mening is dit, met de woorden van annotator Röling in het achterhoofd,¹⁴⁵ meer een machtswoord dan een gedegen onderbouwing van het oordeel dat in casu het nationale recht niet onverenigbaar is met het internationale recht. Een van de annotatoren spreekt over “argumenten die pleiten voor een betere motivering bij weigering de ouderlijke macht toe te kennen”.¹⁴⁶

Afronding

In de eerste uitspraak over de mogelijkheid voor gescheiden ouders om gezamenlijk tot voogd te worden benoemd, beëindigt de Hoge Raad op pragmatische wijze de dreigende onverenigbaarheid van het nationale met

¹⁴⁴ HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 742, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten. De rechtsoverwegingen van de Hoge Raad zijn gepubliceerd aan het slot van HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 741, r.o. 3.2 (tweede keer).

¹⁴⁵ HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436, m.nt. B.V.A. Röling, p. 1000 r.k.; zie ook par. 3.5.2.

¹⁴⁶ HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 742, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, noot E.A. Alkema onder 6.

Artikel 94 Grondwet toegepast

het internationale recht. Door verzoekers niet-ontvankelijk te verklaren komt de rechter niet toe aan het toepassen van de nationale bepaling die niet verenigbaar is met internationaal recht. Het niet-ontvankelijk verklaren van de verzoekers om samen tot voogd te worden benoemd, heeft als resultaat dat de ouders gezamenlijk met de ouderlijke macht bekleed blijven, waardoor het verboden onderscheid tussen gehuwde en gescheiden ouders wordt opgeheven. De Hoge Raad beschermt op deze manier de rechten van de ouders zonder een niet in het rechtsstelsel passende rechtsfiguur, de gezamenlijke voogdij, te ontwerpen. Het oordeel van de Hoge Raad en vooral de consequenties van het oordeel worden door de diverse feitenrechters verschillend geïnterpreteerd,¹⁴⁷ waardoor de eenheid van de rechtspraak en de rechtszekerheid in gevaar zijn. De Hoge Raad heeft waarschijnlijk onbewust en ongewild een trein in beweging gezet die om de rechtseenheid en de rechtszekerheid te herstellen snel moet worden gestopt. Daardoor lijkt de Hoge Raad gedwongen zich in de Lentebesikkingen niet terughoudend op te stellen, ook al is er nieuwe wetgeving in voorbereiding. De Hoge Raad treedt in deze uitspraken op als wetgever-plaatsvervanger en schept jurisprudentierecht door het geven van een aantal gedetailleerde regels.

De Hoge Raad waarborgt de rechten van partijen, beëindigt de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht, maar lijkt zijn positie in het staatsbestel toch enigszins te hebben veronachtzaamd, niet zozeer in de Lentebesikkingen, als wel in de uitspraak van 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510. In de Lentebesikkingen geeft de Hoge Raad zich reenschap van zijn positie in het staatsbestel door de rechtseenheid en de rechtszekerheid te herstellen.

Na de Lentebesikkingen accepteert de Hoge Raad, zonder dit deugdelijk te motiveren, niet dat zijn eigen jurisprudentierecht wordt verruimd. Hij lijkt met deze op machtswoorden lijkende uitspraken zijn positie ten opzichte van de wetgever zoveel mogelijk te willen herstellen.

¹⁴⁷ HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 586, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder *NJ* 1986, 588, r.o. 3.2.

4.5.2 De voogdij tot 2 november 1995

Niet alleen over de nationale bepalingen die de uitoefening van de ouderlijke macht en de toewijzing van de voogdij na echtscheiding regelen, bestaan vragen over de verenigbaarheid met de artikelen 8 en 14 EVRM. Ook de bepalingen die de voogdij en de wijziging van het voogdijschap regelen, leiden tot verzoeken aan de rechter, waarbij de vraag aan de orde wordt gesteld of deze bepalingen verenigbaar zijn met de internationale verdragsverplichtingen van Nederland.

Over de bepalingen die de voogdij van een van de ouders regelen, is het oordeel van de diverse rechters tot 1990 unaniem.¹⁴⁸ De toepassing van deze bepalingen wordt niet onverenigbaar geoordeeld met de artikelen 8 en 14 EVRM.¹⁴⁹ In de beschikkingen komt de vierde analysevraag niet aan de orde, omdat de toepassing van de nationale bepaling niet onverenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen. Nadere bespreking van deze beschikkingen blijft achterwege, omdat de motivering van de oordelen in deze beschikkingen niet bijdraagt aan het antwoord op de vraag hoe de rechter de woorden ‘vinden geen toepassing’ van het toetsingsartikel invult. Ik heb deze beschikkingen slechts kort genoemd om aan te geven dat er eind jaren '80 van de vorige eeuw ook vele nationale bepalingen die het (ouderlijk) gezag over minderjarige kinderen regelden, bestonden die door alle rechters niet onverenigbaar werden geoordeeld met de verdragsverplichtingen van Nederland.

In 1990 geeft de Hoge Raad een beschikking over de wijziging van de voogdij op verzoek van een van de ouders, die wel uitgebreidere bespreking behoeft. Een moeder die na een echtscheiding is benoemd tot voogd over haar kinderen,¹⁵⁰ verzoekt de rechtbank om de pleegouders tot voogd

¹⁴⁸ Deze bepalingen waren tot 2 november 1995 opgenomen in Boek 1, Titel 15, Afdeling 2 BW.

¹⁴⁹ HR 12 juni 1987, *NJ* 1989, 98, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten; HR 8 januari 1988, *NJ* 1988, 857; HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 188.

¹⁵⁰ De benoeming van de moeder tot voogd over haar kinderen berust op artikel 1:161 lid 1 BW; zie par. 4.5.1.

Artikel 94 Grondwet toegepast

en toezien voogd te benoemen op grond van artikel 1:162 BW.¹⁵¹ De Rechtbank Zutphen verklaart de moeder niet-ontvankelijk in haar verzoek, omdat de vader die bij de echtscheidingsbeschikking tot toezien voogd is benoemd, niet heeft ingestemd met het verzoek. Het Gerechtshof Arnhem oordeelt in hoger beroep dat in het licht van artikel 6 junctis de artikelen 13 en 8 EVRM de nationale bepaling zo ruim moet worden uitgelegd:

... dat de na echtscheiding tot voogd(es) benoemde ouder aan die bepaling de bevoegdheid kan ontnemen in geval van wijziging van omstandigheden wijziging van de voogdij te verzoeken, ook indien het verzoek inhoudt dat een derde (een ander dan de beide ouders) tot (toezien) voogd(es) zal worden benoemd.¹⁵²

De Hoge Raad volgt het oordeel van het gerechtshof niet. Het wettelijk stelsel is erop gericht de uitoefening van het gezag over minderjarigen, ook na een echtscheiding, zoveel mogelijk door de ouders te laten uitoefenen.

Niet valt in te zien dat door onverkorte toepassing van dit samenstel van bepalingen, dat juist op de instandhouding van het gezin gericht is, inbreuk zou worden gemaakt op het door art. 8 EVRM gewaarborgde recht op gezinsleven. [...] Van inbreuk op het bepaalde in art. 6 of art. 13 EVRM is onder die omstandigheden evenmin sprake.¹⁵³

De Hoge Raad volgt in zijn oordeel over de uitleg van artikel 1:162 BW de conclusie van de advocaat-generaal. De Hoge Raad en de advocaat-generaal beantwoorden de derde analysevraag negatief na een positieve beantwoording van de eerste twee analysevragen. Opnieuw kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad zijn oordeel karig motiveert. Alleen het hof heeft de derde analysevraag positief beantwoord, het hof achtte de toepas-

¹⁵¹ Artikel 1:162 BW luidde tot 2 november 1995, voor zover van belang: De rechtbank kan op verzoek van de ouders of van één van hen de krachtens de artikelen 161 en 161a gegeven beslissingen [...] wijzigen op grond dat nadien de omstandigheden zijn gewijzigd, of dat bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan.

¹⁵² HR 9 februari 1990, *NJ* 1990, 767, m.nt. E.A.A. Luijten, gerechtshof onder beoordeling van het verzoek.

¹⁵³ HR 9 februari 1990, *NJ* 1990, 767, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 3.3.

sing van artikel 1:162 BW niet verenigbaar met de van toepassing zijnde verdragsbepalingen.

In een eerder geschil over een andere bepaling over de wijziging van de voogdij is het ook al voorgekomen dat de diverse rechters en de advocaat-generaal niet eensluidend oordeelden. Een pleegmoeder verzoekt, op grond van artikel 1:299a lid 1 BW,¹⁵⁴ te worden benoemd tot voogd over haar minderjarige pleegzoon, omdat het kind al meer dan drie jaar onafgebroken in haar gezin verblijft. De rechtbank heeft de vrouw niet-ontvankelijk verklaard in haar beroep, omdat niet is voldaan aan het vereiste dat zij het kind ten minste één jaar heeft verzorgd en opgevoed, anders dan uit hoofde van ondertoezichtstelling. De periode gedurende welke de jongen is opgevangen in het pleeggezin met toestemming van de voogd, is op ongeveer tien dagen na één jaar. De overige tijd verbleef de jongen in het pleeggezin uit hoofde van ondertoezichtstelling.

In hoger beroep overweegt het hof dat de wetgever met het vereiste van één jaar heeft willen uitdrukken, dat er sprake moet zijn van een redelijke termijn waarin een zekere continuïteit bestaat in de relatie tussen de pleegouder en het kind.¹⁵⁵

O., dat het hof op grond van het hierboven overwogene, in onderling verband beschouwd, op grond van de strekking van art. 1:299a BW en mede gelet op het bepaalde in art. 8 lid 1 EVRM, tot de conclusie komt, dat in het onderhavige geval een redelijke uitleg van dat art. 299a met zich brengt, dat appellante bevoegd moet worden geacht het verzoek tot voogdijwijziging in te dienen, zodat vervolgens kan worden onderzocht of die voogdijwijziging in het belang van de minderjarige kan worden geacht;¹⁵⁶

¹⁵⁴ Artikel 1:299a lid 1 BW luidde tot 2 november 1995: Degene die met instemming van de voogd een minderjarige in zijn gezin – anders dan uit hoofde van een ondertoezichtstelling of een voorlopige toevertrouwing aan de raad voor de kinderscherming – ten minste een jaar heeft verzorgd en opgevoed, kan de kinderrechtster verzoeken hem tot voogd te benoemen.

¹⁵⁵ Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 1987, niet gepubliceerd, r.o. 3.5-4.

¹⁵⁶ Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 1987, niet gepubliceerd, r.o. 5.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Het hof beantwoordt de tweede en de derde analysevraag positief. Het geschil valt onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM, omdat door het langdurige verblijf van de pleegzoon in het pleeggezin tussen het kind en de pleegmoeder familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM bestaat. Het letterlijk toepassen van de wettelijk gestelde eis van één jaar is niet verenigbaar met artikel 8 EVRM. Het hof beëindigt de onverenigbaarheid door artikel 1:299a BW redelijk uit te leggen.

Advocaat-generaal Moltmaker concludeert dat de toepassing die het hof in het licht van artikel 8 EVRM aan artikel 1:299a lid 1 BW heeft gegeven, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁵⁷ De Hoge Raad stemt niet in met het oordeel van het hof en de conclusie van de advocaat-generaal. Hij oordeelt dat de periode gedurende welke de jongen in het pleeggezin is verzorgd uit hoofde van ondertoezichtstelling, niet mag worden meegeteld en dat daarom niet is voldaan aan de in artikel 1:299a lid 1 BW gestelde eis van één jaar.

Anders dan het hof heeft geoordeeld, noopt ook art. 8 EVRM niet tot een andere uitleg. [...] In het licht van dit een en ander kan niet worden gezegd dat art. 299a lid 1, uitgelegd als hiervoor is geschied, de grenzen te buiten gaat van wat in een democratische samenleving nodig mag worden geacht voor de bescherming van de rechten en vrijheden, waarop men bij de totstandkoming van de wet van 7 juni 1978 het oog heeft gehad.¹⁵⁸

De Hoge Raad oordeelt dat de voorwaarde die artikel 1:299a lid 1 BW stelt, niet onverenigbaar is met artikel 8 EVRM. De Hoge Raad kiest voor een wetshistorische interpretatie van de nationale bepaling, waar het gerechtshof doorslaggevende betekenis aan het doel en de strekking van de bepaling heeft toegekend.¹⁵⁹

¹⁵⁷ HR 6 november 1987, *NJ* 1988, 829, m.nt. E.A. Alkema, conclusie A-G onder 2.7.

¹⁵⁸ HR 6 november 1987, *NJ* 1988, 829, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.5.

¹⁵⁹ In HR 10 maart 1989, *NJ* 1990, 24, oordelen de diverse rechters wel unaniem over een andere voorwaarde die artikel 1:299a lid 1 BW stelt. De eis dat pleegouders slechts ontvankelijk zijn in hun verzoek om met de voogdij te worden belast als het kind onder voogdij staat van een niet-ouder, is naar het oordeel van de diverse rechters niet onverenigbaar met artikel 8 EVRM.

Afronding

De niet eensluidende standpunten binnen de rechterlijke macht geven aan dat het antwoord op de derde analysevraag of de nationale bepaling niet verenigbaar is met de een ieder verbindende verdragsbepalingen, niet altijd evident is. Dit kan de rechtszekerheid in gevaar brengen. In de besproken gedingen valt op dat de Hoge Raad zich terughoudender opstelt dan de twee gerechtshoven ten aanzien van de doorwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde door te oordelen dat de toepassing van de nationale bepaling niet onverenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen. In het geschil over de benoeming van de pleegmoeder tot voogd over haar pleegzoon die zij al drie jaar in haar gezin verzorgt, mag de opstelling van de Hoge Raad door een strikte uitleg van de nationale bepaling zeer terughoudend worden genoemd. De redelijke uitleg van het hof doet mijns inziens meer recht aan de bescherming van de rechten van partijen, terwijl ook de onverenigbaarheid met de verdragsbepaling wordt beëindigd zonder dat de rechter zijn positie ten opzichte van de wetgever veronachtzaamt. Zou de Hoge Raad tot elke prijs hebben willen voorkomen dat hij op het gebied van het gezagsrecht nogmaals een situatie zou creëren die hem noopte tot de Lentebesikkingen?

4.5.3 Het gezagsrecht vanaf 2 november 1995

Op 2 november 1995 treden de nieuwe bepalingen over de ouderlijke macht en de voogdij in werking. In de wet is de term ouderlijke macht vervangen door ouderlijk gezag. Voor het in stand laten van het gezamenlijk gezag na echtscheiding is vanaf 2 november 1995 een eensluidend verzoek van de ouders nodig. Het verzoek wordt alleen afgewezen als er gegronde vrees bestaat dat de inwilliging van het verzoek leidt tot ernstige verwaarlozing van de belangen van het kind. Deze bepaling wordt na ruim twee jaar, op 1 januari 1998, vervangen door een nieuwe bepaling. De inmenging van de overheid bij de uitoefening van het gezamenlijk gezag na echtscheiding wordt door deze nieuwe bepaling teruggedrongen.¹⁶⁰ Dit

¹⁶⁰ HR 10 september 1999, NJ 2000, 20, m.nt. S.F.M. Wortmann, noot onder 3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

versterkt de bescherming van het recht op het privé-, familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM. In de nieuwe bepaling is het uitgangspunt dat het gezamenlijk gezag na echtscheiding voortduurt. De rechtbank kan het gezag slechts wijzigen na een verzoek van (een van) de ouders.¹⁶¹

In mei 1997 verzoekt een vrouw de Rechtbank 's-Gravenhage de echtscheiding uit te spreken en tegelijkertijd te bepalen dat zij vanaf het moment van de echtscheiding alleen is belast met het ouderlijk gezag over de beide nog minderjarige kinderen, die tijdens het huwelijk zijn geboren. De man stemt alleen in met het echtscheidingsverzoek. Hij wil het ouderlijk gezag gezamenlijk blijven uitoefenen. De rechtbank wijst in januari 1998 de beide verzoeken van de vrouw toe. In juli 1998 bekrachtigt het Gerechtshof 's-Gravenhage de beschikking van de rechtbank op beide punten. Het hof komt tot het oordeel dat het ouderlijk gezag aan de moeder moet worden toegewezen op grond van het feit dat de communicatie tussen beide ouders zo slecht is, dat het niet in het belang van de beide kinderen is om het gezamenlijk gezag te laten voortduren.¹⁶² De Hoge Raad bekrachtigt het oordeel van het hof.¹⁶³ Het beroep van de vader op een schending van artikel 8 EVRM faalt. De drie rechters en de advocaat-generaal beantwoorden unaniem de eerste twee analysevragen positief en de derde analysevraag negatief.

¹⁶¹ Artikel 1:251 lid 2 BW luidde van 1 januari 1998 tot 1 maart 2009: Na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed blijven de ouders die gezamenlijk het gezag hebben, dit gezag gezamenlijk uitoefenen, tenzij de ouders of een van hen de rechtbank verzoeken in het belang van het kind te bepalen dat het gezag over een kind of de kinderen aan een van hen alleen toekomt.

¹⁶² HR 10 september 1999, *NJ* 2000, 20, m.nt. S.F.M. Wortmann, hof r.o. 9. De beschikkingen van de rechtbank en het hof zijn gewezen op basis van het 'nieuwe' recht, omdat in de Wet van 30 oktober 1997 tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij, *Stb.* 1997, 506 geen specifieke overgangsbepaling is opgenomen, waardoor artikel 1:251 BW onmiddellijke werking heeft, HR 10 september 1999, *NJ* 2000, 20, m.nt. S.F.M. Wortmann, r.o. 3.2.

¹⁶³ HR 10 september 1999, *NJ* 2000, 20, m.nt. S.F.M. Wortmann, r.o. 3.4.

Ook de regeling over het beëindigen van het gezamenlijk ouderlijk gezag na het stuklopen van een relatie van ongehuwde ouders¹⁶⁴ oordeelt de Hoge Raad verenigbaar met artikel 8 EVRM.¹⁶⁵ De regeling over het beëindigen van het gezamenlijk ouderlijk gezag na het uiteengaan van ongehuwde ouders, is analoog aan de regeling na een echtscheiding. De ‘nieuwe’ bepalingen over de wijziging van het ouderlijk gezag na een (echt)scheiding van de ouders zijn verenigbaar met artikel 8 EVRM. Dit onderdeel van het ‘nieuwe’ gezagsrecht wordt door de Hoge Raad niet onverenigbaar met het EVRM geacht.

In december 2000 oordeelt de Hoge Raad over een verzoek van twee ouders om hen beiden te benoemen tot curator over hun meerderjarige zoon met een geestelijke stoornis. In beginsel behoren de artikelen over de curatele en het curatorschap niet tot het onderwerp van deze paragraaf, het gezagsrecht van ouders. Echter, omdat in dit geding de ondercuratelestelling wordt gezien als een voortzetting van het ouderlijk gezag op het tijdstip waarop de geestelijk gehandicapte zoon meerderjarig wordt, is deze paragraaf wel de aangewezen plaats om de beschikkingen in deze procedure te bespreken. De ouders hebben met een beroep op artikel 8 EVRM aan de Rechtbank Haarlem verzocht hen beiden tot curator te benoemen.

Zij beschouwen de curatele als een soort voortzetting van het ouderlijk gezag en als middel om de uitoefening van het gezinsleven vorm te kunnen blijven geven. [...]

De rechtbank verwerpt deze stelling van verzoekers. Uit de tekst van de wet en uit de geschiedenis valt af te leiden dat de mogelijkheid van het benoemen van meer dan één curator door de wetgever niet beoogd is geweest. De rechtbank is van oordeel dat zulks niet een ontoelaatbare inbreuk vormt op het door artikel 8 EVRM beschermde recht op een gezinsleven.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Artikel 1:253n BW.

¹⁶⁵ In dit geschil was het oordeel van de verschillende rechters niet unaniem, de rechtbank oordeelde anders dan het hof en de Hoge Raad, HR 28 maart 2003, *NJ* 2003, 359, m.nt. S.F.M. Wortmann, r.o. 1.

¹⁶⁶ Rb. Haarlem 25 mei 1999, niet gepubliceerd, r.o. 2.6-2.7.

Artikel 94 Grondwet toegepast

De rechtbank motiveert niet waarom zij de derde analysevraag of de nationale bepaling, in casu artikel 1:383 BW,¹⁶⁷ niet verenigbaar is met artikel 8 EVRM, negatief beantwoordt. Zij constateert slechts dat de wet geen ruimte biedt om meer dan één curator te benoemen en oordeelt dat dit geen schending van artikel 8 EVRM oplevert.

Het Gerechtshof Amsterdam motiveert de bekrachtiging van de beschikking van de rechtbank uitgebreider. Het hof oordeelt dat uit de wettelijke constellatie en met name uit artikel 1:383 lid 3 BW volgt,¹⁶⁸ dat de wetgever geen ruimte heeft willen bieden om meer dan één persoon tot curator te benoemen.¹⁶⁹ Aansluitend stelt het hof:

Vervolgens moet de vraag beantwoord worden of deze wettelijke regeling buiten toepassing moet worden gelaten, omdat deze een ontoelaatbare inbreuk maakt op de rechten die de ouders in dit verband kunnen ontleenen aan artikel 8 EVRM.¹⁷⁰

Omdat de ouders zich hebben beroepen op artikel 8 EVRM, stelt het hof de tweede analysevraag aan de orde en het hof beantwoordt deze vraag expliciet positief. Het samenlevingsverband van dit gezin is anders dan de situatie die normaal gesproken ontstaat, als een kind meerderjarig wordt. De aard en omstandigheden van deze specifieke situatie maken, aldus het hof, dat deze valt onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM.¹⁷¹ Daarna stelt het hof zich de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. Het hof oordeelt dat met de benoeming van een van de ouders tot curator inbreuk wordt gemaakt op artikel 8 EVRM¹⁷² en overweegt aansluitend:

¹⁶⁷ Artikel 1:383 lid 1 BW luidt sinds 2 november 1995: De rechter benoemt bij het uitspreken van de curatele of, indien hij zich nog niet voldoende voorgelicht acht, zo spoedig mogelijk daarna een curator.

¹⁶⁸ Artikel 1:383 lid 3 BW luidt sinds 1 januari 1995, voor zover van toepassing: [Indien de onder curatele gestelde niet is gehuwd] dan wordt bij voorkeur een van zijn ouders, kinderen, broers of zusters tot curator benoemd.

¹⁶⁹ Hof Amsterdam 13 april 2000, niet gepubliceerd, r.o. 4.6.

¹⁷⁰ Hof Amsterdam 13 april 2000, niet gepubliceerd, r.o. 4.7.

¹⁷¹ Hof Amsterdam 13 april 2000, niet gepubliceerd, r.o. 4.8.

¹⁷² Hof Amsterdam 13 april 2000, niet gepubliceerd, r.o. 4.9.

Deze inbreuk is echter gerechtvaardigd als bedoeld in het tweede lid van artikel 8 EVRM. Het curatorschap van beide ouders is immers niet noodzakelijk voor een behoorlijke voortzetting van hun zorgrelatie met de zoon. Ook als één van beiden curator is kunnen zij redelijkerwijs inhoud geven aan de door hen gevoelde verantwoordelijkheid. [...]

Zou overigens toch worden geoordeeld dat de geconstateerde inbreuk op het *family life* van ouders en zoon niet gerechtvaardigd wordt door het bepaalde in lid 2 van artikel 8 EVRM, dan gaat het de rechtsvormende taak van de rechter, die voor een nauwkeurig onderzoek naar alle consequenties de instrumenten mist, te buiten hier keuzes te doen.¹⁷³

Het hof beantwoordt de derde analysevraag negatief, de toepassing van de nationale bepaling is niet onverenigbaar met artikel 8 EVRM. Het hof behoeft de vierde analysevraag, hoe de onverenigbaarheid te beëindigen, niet te beantwoorden, maar wijdt hieraan nog wel een rechtsoverweging. Mocht het antwoord op de derde analysevraag positief zijn, dan zou de rechter de onverenigbaarheid niet kunnen beëindigen. Het beëindigen van de onverenigbaarheid valt in casu niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter, omdat hij de instrumenten mist voor een nauwkeurig onderzoek naar alle consequenties van de mogelijke keuzes.

De Hoge Raad casseert de beschikking van het hof in een uitgebreid gemotiveerde uitspraak. Hij oordeelt, evenals het hof, dat de wetgever bij de regeling van ondercuratelestelling de bedoeling heeft gehad om de benoeming van slechts één curator mogelijk te maken. In het voorliggende geschil wordt de ouderlijke zorg als het ware omgezet in curatele, omdat de geestelijke gehandicapte zoon meerderjarig is geworden, maar vanwege zijn handicap nog wel ouderlijke zorg nodig heeft.¹⁷⁴

Tegen de achtergrond van de rechtspraak van het EHRM waarin aan het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, neergelegd in art. 8 EVRM, verstreckende betekenis is toegekend, en in aanmerking genomen het in 3.5.3 overwogene en de omstandigheid dat thans voorzien is in een wettelijke regeling van de continuering van het gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding (art. 1:251 lid 2 BW), de gezamenlijke voogdij (art. 1:282

¹⁷³ Hof Amsterdam 13 april 2000, niet gepubliceerd, r.o. 4.10-4.11.

¹⁷⁴ HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 390, m.nt. J. de Boer, r.o. 3.5.3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

BW) en de benoeming van twee of meer bewindvoerders bij de onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen (art. 1:437 BW), moet worden aangenomen dat in voormeld oogmerk van de wetgever in een geval als hiervoor in 3.5.3 omschreven niet meer een rechtvaardiging als bedoeld in lid 2 van art. 8 EVRM kan worden gevonden voor evenvermelde inmenging in het door lid 1 van die bepaling beschermde gezinsleven van de ouders en de zoon.

In het onderhavige geval kan voorts niet worden gezegd dat het vinden van een oplossing voor de gevolgen van de ongeoorloofdheid van evenvermelde inmenging de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat. Immers, het ligt voor de hand om bij benoeming van beide ouders tot curator in een geval als het onderhavige de artikelen van Afdeling 6 van Titel 14 van Boek 1 BW die betrekking hebben op gezamenlijke voogdij, van overeenkomstige toepassing te achten.¹⁷⁵

De Hoge Raad beantwoordt, anders dan de rechtbank en het hof, de derde analysevraag positief. Hij motiveert zijn oordeel door te verwijzen naar de jurisprudentie van het EHRM en de regelingen in de nationale wetgeving over de continuering van het gezamenlijk ouderlijk gezag na een scheiding en de gezamenlijke voogdij. Aansluitend oordeelt de Hoge Raad dat het beëindigen van de onverenigbaarheid zijn rechtsvormende taak niet te buiten gaat. Hij kan de onverenigbaarheid beëindigen door aansluiting te zoeken bij de bedoeling van de wetgever in de bepalingen over de gezamenlijke voogdij. Deze tamelijk activistische uitspraak van de Hoge Raad lijkt ingegeven door de bijzondere aard en omstandigheden van dit waarschijnlijk unieke geval.

In 2003 volgt opnieuw een beschikking waarin een rechter oordeelt dat de ‘nieuwe’ wetgeving op het terrein van het gezagsrecht van ouders niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen.

Een vader verzoekt de rechtbank om alsnog gezamenlijk met zijn echtgenote te worden belast met het gezag over de kinderen die tijdens hun huwelijk zijn geboren. In 1997 is de moeder bij de echtscheidingsbeschikking alleen belast met het gezag. De rechtbank heeft de vader niet-

¹⁷⁵ HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 390, m.nt. J. de Boer, r.o. 3.5.4 en 3.6.

ontvankelijk verklaard in zijn verzoek op grond van de tweede volzin van artikel 1:253o lid 1 BW, die bepaalt dat een verzoek om alsnog gezamenlijk met het gezag te worden bekleed van beide ouders afkomstig dient te zijn.¹⁷⁶ Nu alleen de vader het verzoek heeft ingediend, is aan deze voorwaarde niet voldaan, daarom heeft de rechtbank de vader niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

In hoger beroep constateert het Gerechtshof Leeuwarden dat het uitgangspunt sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet op 1 januari 1998 is, dat ouders na een echtscheiding gezamenlijk het gezag blijven uitoefenen. Daarnaast stelt het hof dat de wetgever met deze wetswijziging heeft beoogd de inmenging van de overheid bij het recht op familie- en gezinsleven na echtscheiding zoveel mogelijk te beperken.¹⁷⁷ Het hof oordeelt dat de gestelde voorwaarde niet noodzakelijk is in een democratische samenleving, zoals artikel 8 lid 2 EVRM eist. Aansluitend oordeelt het hof:

Nu de betreffende volzin niet verenigbaar is met de een ieder verbindende bepaling zoals neergelegd in artikel 8 EVRM, dient deze volzin ingevolge artikel 94 Grondwet buiten toepassing te blijven.¹⁷⁸

In dit citaat beantwoordt het hof de derde en de vierde analysevraag positief. De nationale bepaling is gedeeltelijk niet verenigbaar met artikel 8 EVRM. De onverenigbaarheid wordt beëindigd door het niet verenigbare gedeelte van artikel 1:253o lid 1 BW buiten toepassing te laten. Het hof oordeelt dat het beëindigen van de onverenigbaarheid binnen zijn rechtsvormende taak past,¹⁷⁹ omdat het niet toepassen van artikel 1:253o lid 1 tweede volzin BW overeenstemt met de bedoeling van de wetgever. In 2008 bevestigt de Hoge Raad¹⁸⁰ het oordeel van het Gerechtshof

¹⁷⁶ Artikel 1:253o lid 1 tweede volzin BW luidde van 2 november 1995 tot 28 februari 2009: Een verzoek om alsnog gezamenlijk met het gezag over hun minderjarige kinderen te worden belast, kan slechts van beide ouders afkomstig zijn.

¹⁷⁷ Hof Leeuwarden 5 februari 2003, *NJ* 2003, 352, r.o. 12 en 17.

¹⁷⁸ Hof Leeuwarden 5 februari 2003, *NJ* 2003, 352, r.o. 18.

¹⁷⁹ Hof Leeuwarden 5 februari 2003, *NJ* 2003, 352, r.o. 19.

¹⁸⁰ HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 107, r.o. 3.4.2.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Leeuwarden over de tweede volzin artikel 1:253o lid 1 BW na een cassatieberoep tegen een beschikking van het Gerechtshof Amsterdam.¹⁸¹

Met het bevestigen van de beschikking van het Gerechtshof Amsterdam vervolgt de Hoge Raad de weg die hij in 2005 is ingeslagen. In de beschikking uit 2005 heeft een ongehuwde vader verzocht hem, in plaats van de moeder, te belasten met het gezag over het door hem erkende kind.¹⁸² De kantonrechter heeft dit verzoek van de man afgewezen, waarna de vader hoger beroep instelt bij het Gerechtshof Arnhem. Hij handhaaft zijn verzoek om in plaats van de moeder met het gezag te worden belast en verzoekt subsidiair om hem samen met de moeder te belasten met het gezag over hun kind. Het primaire verzoek wordt ook door het hof afgewezen. Het hof verklaart de verzoeker niet-ontvankelijk in zijn subsidiaire verzoek, omdat op grond van artikel 1:252 BW een verzoek van ongehuwde ouders om samen het gezag over hun minderjarige kinderen uit te oefenen door de ouders gezamenlijk moet worden gedaan.¹⁸³ Het hof verwijst in zijn motivering naar de hierboven besproken beschikking van het Gerechtshof Leeuwarden uit 2003.

De situatie van het onderhavige geval verschilt van die in het arrest van het hof Leeuwarden van 5 februari 2003, *NJ* 2003, 352, waarop de vader doelt.¹⁸⁴ In het onderhavige geval is de vader niet gehuwd geweest met de moeder, voor welke situatie de – nog recentelijk gewijzigde – wetgeving niet de mogelijkheid creëert om tegen de wil van de moeder te bewerkstel-

¹⁸¹ Het Gerechtshof 's-Gravenhage geeft op 3 september 2003 een gelijklopende beschikking met een vrijwel gelijklopende motivering van het oordeel, *LJN* AL8181, r.o. 10.

¹⁸² Artikel 1:253b lid 1 BW luidt sinds 2 november 1995, voor zover van belang: Indien ten aanzien van een kind alleen het moederschap vaststaat of indien de vader en moeder van een kind niet met elkaar gehuwd zijn dan wel gehuwd zijn geweest en zij het gezag niet gezamenlijk uitoefenen, oefent de moeder van rechtswege het gezag over het kind alleen uit.

¹⁸³ Artikel 1:252 lid 1 BW luidde van 2 november 1995 tot 28 februari 2009: De ouders die niet met elkaar zijn gehuwd noch met elkaar gehuwd zijn geweest en die nimmer het gezag over hun minderjarige kinderen gezamenlijk hebben uitgeoefend, oefenen dit gezamenlijk uit, indien zulks op hun beider verzoek in het in artikel 244 van dit boek bedoelde register is aangetekend.

¹⁸⁴ Het hof spreekt hier abusievelijk over een arrest in plaats van over een beschikking.

ligen dat het ouderlijk gezag over het kind wordt gewijzigd van een eenhoofdig gezag in een gezamenlijk gezag.

Voor het Arnhemse hof vormt het feit dat de ouders in het voorliggende geschil nooit getrouwd zijn geweest, een voldoende rechtvaardiging om in dit geval wel vast te houden aan de eis dat het verzoek om gezamenlijk gezag van beide ouders afkomstig moet zijn. De in artikel 1:252 BW gestelde voorwaarde is niet onverenigbaar met artikel 8 EVRM.¹⁸⁵

De vader stelt cassatieberoep in tegen de beschikking van het hof. Het cassatiemiddel stelt dat het niet-ontvankelijk verklaren van de vader een schending oplevert van artikel 6 lid 1 EVRM. De vader wenst door de rechter te worden beschermd in de uitoefening van zijn ouderlijke rechten. Deze rechten ontleent hij aan artikel 8 lid 1 EVRM. De uitoefening van zijn ouderlijke rechten is een burgerlijk recht in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM en daarom is de niet-ontvankelijkheidsverklaring in strijd met artikel 6 EVRM. De Hoge Raad acht het cassatiemiddel gegrond, omdat:

Voor de in art. 1:252 BW besloten liggende beperking van dat recht op toegang tot de rechter doordat het gezamenlijk gezag slechts door beide ouders kan worden verzocht, bestaat onvoldoende grond. De vader moet ten minste aan de rechter de vraag kunnen voorleggen of grond bestaat tot wijziging van het eenhoofdige gezag van de moeder in gezamenlijk gezag. Het voorgaande leidt ertoe dat in overeenstemming met art. 6 lid 1 EVRM art. 1:253c lid 1 BW¹⁸⁶ aldus moet worden uitgelegd dat de vader niet alleen om toekenning van eenhoofdig, maar ook van gezamenlijk gezag over het kind kan verzoeken, en dat art. 1:253e BW¹⁸⁷ aldus moet worden uitgelegd dat, indien het verzoek van de vader ingevolge art. 1:253c lid 1 BW tot toekenning van gezamenlijk gezag over het kind wordt ingewilligd, dit

¹⁸⁵ HR 27 mei 2005, NJ 2005, 485, m.nt. J. de Boer; AA 2006, p. 368, m.nt. A.J.M. Nuytinck, hof r.o. 4.3, conclusie A-G onder 3.11 en r.o. 3.3.

¹⁸⁶ Artikel 1:253c lid 1 BW luidde van 2 november 1995 tot 28 februari 2009: De tot het gezag bevoegde vader van het kind, die nimmer het gezag gezamenlijk met de moeder heeft uitgeoefend, kan de kantonrechter verzoeken hem met het gezag over het kind te belasten.

¹⁸⁷ Artikel 1:253e BW luidde van 2 november 1995 tot 28 februari 2009, voor zover van belang: Inwilliging van het verzoek van een der ouders als bedoeld in artikel 253c van dit boek heeft, indien de ander het gezag tot dusverre uitoefende, tot gevolg dat de laatste het gezag verliest.

Artikel 94 Grondwet toegepast

tot gevolg heeft dat, indien de moeder het gezag tot dusverre alleen uitoefende, zij dit voortaan gezamenlijk met de vader uitoefent.¹⁸⁸

De Hoge Raad beantwoordt de derde analysevraag positief. De toepassing van het nationale recht is onverenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepalingen. De onverenigbaarheid wordt beëindigd door twee andere bepalingen ruimer uit te leggen. Annotator De Boer merkt over de motivering van de Hoge Raad op:

De Hoge Raad concludeert tot een bepaalde uitleg van de art. 1:253c lid 1 en 1:253e BW, ‘in overeenstemming met art. 6 lid 1 EVRM’, maar deze uitleg komt neer op een *buiten toepassing laten* van een in art. 1:252 BW gegeven beperking (‘op hun beider verzoek’).¹⁸⁹

Het buiten toepassing laten van de voorwaarde van artikel 1:252 BW leidt ertoe dat de toepassing van de bepaling wordt verruimd.

De Boer uit in zijn noot kritiek op de activistische houding van de Hoge Raad in deze beschikking. Hij is van mening dat de Hoge Raad de kwestie aan de wetgever had moeten laten, omdat op grond van twee recente uitspraken van het EHRM blijkt dat naar internationale maatstaven de nationale wetgeving niet onverenigbaar is met de artikelen 6 en 8 EVRM.¹⁹⁰ Volgens de eigen jurisprudentie van de Hoge Raad dient de rechter internationale maatstaven te hanteren bij het beantwoorden van de vraag of een nationale bepaling buiten toepassing moet worden gelaten wegens onverenigbaarheid met een ieder verbindende verdragsbepalingen. Ook dient hij zich te richten naar internationale rechtspraak als deze rechtspraak voorhanden is.

Art. 53 EVRM laat de nationale wetgever de vrijheid om een verdergaande bescherming te bieden dan de bepalingen van het EVRM geven. De Nederlandse rechter is evenwel gebonden aan art. 94 Gr.w, ingevolge welke bepaling binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften

¹⁸⁸ HR 27 mei 2005, *NJ* 2005, 485, m.nt. J. de Boer; *AA* 2006, p. 368, m.nt. A.J.M. Nuytinck, r.o. 3.4-3.5.

¹⁸⁹ HR 27 mei 2005, *NJ* 2005, 485, m.nt. J. de Boer, noot onder 2, cursivering J. de Boer.

¹⁹⁰ HR 27 mei 2005, *NJ* 2005, 485, m.nt. J. de Boer, noot onder 3-8.

geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Een zodanige onverenigbaarheid kan niet worden aangenomen uitsluitend op basis van een uitleg door de nationale – Nederlandse – rechter van het begrip ‘family life’ in het licht van recent tot stand gekomen wetgeving, die leidt tot een verdergaande bescherming dan op grond van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot art. 8 EVRM mag worden aangenomen.¹⁹¹

De mening van De Boer dat de Hoge Raad zich niet houdt aan de door hemzelf gegeven uitleg van het toetsingsartikel, deel ik. In het licht van het feit dat de wetgever zich het probleem al had aangetrokken, zoals blijkt uit het aanhangige wetsvoorstel over dit onderwerp,¹⁹² is dit mijns inziens nog opmerkelijker. In het aanhangige wetsvoorstel is bepaald dat het ook voor een van de ongehuwde of gescheiden ouders mogelijk is te verzoeken beide ouders gezamenlijk met het gezag over hun kinderen te belasten. Ondanks de kritiek van De Boer bevestigt de Hoge Raad in 2006¹⁹³ en 2008¹⁹⁴ onder expliciete verwijzing naar de besproken beschikking uit 2005 zijn oordeel, opnieuw zonder te verwijzen naar het aanhangige wetsvoorstel.¹⁹⁵ De beschikking uit 2006 is een uitspraak in een cassatieberoep tegen een beschikking van het Gerechtshof Amsterdam. Het Amsterdamse hof heeft in de motivering van zijn oordeel wel verwezen naar het wetsvoorstel. De discussie in het parlement over het wetsvoorstel vormde voor het hof een extra reden om zich juist wel terughoudend op te stellen.¹⁹⁶

¹⁹¹ HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278, m.nt. J. de Boer, r.o. 3.9.

¹⁹² Wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag, *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 353, nr. 2. Zie inmiddels de Wet van 9 december 2008 tot wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag, *Stb.* 2008, 410, in werking getreden op 28 februari 2009.

¹⁹³ HR 28 april 2006, *NJ* 2006, 284.

¹⁹⁴ HR 28 maart 2008, *NJ* 2008, 189.

¹⁹⁵ Op 25 januari 2007 volgt het Gerechtshof 's-Hertogenbosch de door de Hoge Raad ingezette lijn door een vader die verzoekt om het gezamenlijk gezag, ontvankelijk te verklaren, *RFR* 2008, 6. Ook de Rechtbank Haarlem volgt op 11 september 2007 de lijn van de Hoge Raad, *LJN* BB4411.

¹⁹⁶ HR 28 april 2006, *NJ* 2006, 284, hof onder 4.6.

Artikel 94 Grondwet toegepast

In de beschikking uit 2008 noemt advocaat-generaal Langemeijer in zijn conclusie het aanhangige wetsvoorstel.¹⁹⁷ Hij kent hier echter geen doorslaggevende betekenis aan toe. Hij acht het feit dat de Hoge Raad zich de kritiek van De Boer op de beschikking uit 2005 niet heeft aangetrokken, zoals blijkt uit de beschikking van 2006, zwaarwegender. De beslissing uit 2005 moet, aldus Langemeijer, het uitgangspunt vormen voor het oordeel van de Hoge Raad in dit cassatieberoep.¹⁹⁸

Afronding

In december 2000 beëindigt de Hoge Raad in een waarschijnlijk uniek geval over de mogelijkheid om twee personen te benoemen tot curator de onverenigbaarheid van de nationale met de internationale verdragsbepaling door een tamelijk activistische houding. De Hoge Raad lijkt in deze uitspraak de rechten van partijen en het beëindigen van de onverenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht te laten prevaleren boven zijn positie ten opzichte van de wetgever. Echter, omdat het om een zeer uitzonderlijke casuspositie gaat, is de afweging van de Hoge Raad om voorrang te geven aan de bescherming van de rechten van partijen, waardoor een ongewenst resultaat wordt voorkomen, wel te begrijpen.

De toch ook tamelijk activistische houding van de Hoge Raad over de bepalingen waarin als voorwaarde wordt gesteld dat een verzoek over de wijziging van het gezag van beide ouders afkomstig moet zijn, is moeilijker uit te leggen. De Hoge Raad past het toetsingsartikel zonder nadere uitleg anders toe dan voorheen, volgt de rechtspraak van het EHRM niet en betreft in zijn oordelen niet een aanhangig wetsvoorstel over deze bepalingen. De Hoge Raad heeft met deze oordelen het honoreren van de verzoeken van partijen gesteld boven zijn verhouding tot de wetgever. Noch het nationale, noch het internationale recht noopte de Hoge Raad tot een dergelijk oordeel. De toepassing van de nationale bepaling was (nog) niet onverenigbaar met een ieder verbindende verdragsbepalingen.

¹⁹⁷ HR 28 maart 2008, *NJ* 2008, 189, conclusie A-G onder 2.8.

¹⁹⁸ HR 28 maart 2008, *NJ* 2008, 189, conclusie A-G onder 3.3.

4.6 De geslachtsnaam van minderjarige kinderen na erkenning

Tot 1 januari 1998 was de geslachtsnaam¹⁹⁹ van een kind dwingend voorgeschreven. Een wettig, gewettigd of geadopteerd kind droeg van rechtswege de geslachtsnaam van zijn vader.²⁰⁰ Ook een onwettig kind dat door de vader werd erkend, kreeg van rechtswege de achternaam van zijn vader. Alleen een niet door de vader erkend onwettig kind droeg de achternaam van de moeder.²⁰¹

In de paragraaf over het gezagsrecht van ouders is al besproken dat de ouders er soms bewust voor kozen de vader het kind niet te laten erkennen om te voorkomen dat het kind de geslachtsnaam van de moeder zou verliezen. De Amsterdamse rechtbank elimineerde in twee beschikkingen de nadelige gevolgen van de niet-erkennende vader door de ouders toch met de ouderlijke macht te bekleden, ook al voldeden zij niet aan een van de voorwaarden die de Hoge Raad in de Lentebeschikkingen had geformuleerd.²⁰² De Hoge Raad accepteerde de verruimde toepassing van zijn eigen jurisprudentierecht niet en vernietigde de beide beschikkingen van de Amsterdamse rechtbank.²⁰³ Genoemde beschikkingen worden in deze paragraaf niet nader besproken, omdat in deze uitspraken de rechter niet expliciet heeft geoordeeld over de verenigbaarheid van de nationale bepaling die de achternaam van een minderjarig kind regelde, met de artikelen 8 en 14 EVRM.

¹⁹⁹ De begrippen geslachtsnaam, familienaam en achternaam worden door elkaar gebruikt.

²⁰⁰ Artikel 1:5 lid 1 BW luidde tot 1 januari 1998: De geslachtsnaam van een wettig, gewettigd of geadopteerd kind is die van zijn vader.

²⁰¹ Artikel 1:5 lid 2 BW luidde tot 1 januari 1998: De geslachtsnaam van een onwettig kind is die van de vader, wanneer deze het kind heeft erkend, en anders die van de moeder.

²⁰² Rb. Amsterdam 4 mei 1987, *NJ* 1987, 842; Rb. Amsterdam 4 mei 1988, *NJ* 1989, 483.

²⁰³ HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 742, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten.

*4.6.1 De geslachtsnaam van minderjarige kinderen na erkenning tot
1 januari 1998*

In september 1988 oordeelt de Hoge Raad over de verenigbaarheid van de nationale bepalingen die het verkrijgen en wijzigen van een familienaam regelen, met het gelijkheidsbeginsel zoals gecodificeerd in artikel 26 IVBPR. Een ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente Utrecht heeft geweigerd om de biologische vader als vader in de geboorteaktes van zijn tweeling te vermelden, omdat hij de kinderen niet heeft erkend. De vader wil de tweeling en ook zijn derde kind graag erkennen. Hij heeft dit echter niet gedaan om te voorkomen dat de kinderen zijn achternaam krijgen. De biologische ouders willen hun kinderen namelijk graag de achternaam van de moeder meegeven.

De rechtbank heeft het verzoek van de ouders afgewezen. In hoger beroep verzoeken de ouders het Gerechtshof 's-Gravenhage de ambtenaar van de burgerlijke stand minimaal te gebiedten de geslachtsnaam van de vader op te nemen in de geboorteakte.²⁰⁴ De ouders stellen dat zij door de weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand hun verzoek te honoreren en de afwijzing van de rechtbank worden gediscrimineerd in de zin van artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM juncto artikel 8 EVRM. Het gerechtshof deelt de mening van de ouders niet:

Het hof verwerpt het betoog van verzoekers dat er in de Nederlandse wettelijke bepalingen op dit stuk sprake is van discriminatie. Art. 8 gezien in samenhang met art. 14 EVRM waarborgt het recht op privé- en gezinsleven en verbiedt discriminatie op grond van ras, sexe en geloofsovertuiging. Het recht op een door verzoekers te kiezen achternaam voor hun kinderen kan niet worden aangemerkt als een recht dat door het EVRM of door art. 26 VNY (Verdrag van New York, i.e. IVBPR – JdW) wordt ge-

²⁰⁴ Het verzoek in eerste aanleg was ruimer, namelijk de ambtenaar van de burgerlijke stand te gebiedten de geslachtsnaam van de vader te vermelden nadat hij de kinderen heeft erkend, en toe te voegen dat de kinderen de geslachtsnaam van de moeder behouden, HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, gerechtshof r.o. 1.

waarborgd. Van schending van voormelde verdragen is dan ook geen sprake.²⁰⁵

Het hof beantwoordt de tweede analysevraag negatief. Het geschil valt niet onder de reikwijdte van de ingeroepen een ieder verbindende verdragsbepalingen, omdat het recht op een door de ouders gekozen geslachtsnaam voor hun kinderen niet wordt gewaarborgd door artikel 8 EVRM juncto artikel 14 EVRM of door artikel 26 IVBPR. Het hof vervolgt dat er een voorontwerp voor een wet over de herziening van het naamrecht is, waarin is opgenomen dat bij de erkenning van een kind door de vader de ouders kunnen kiezen of zij het kind de achternaam van de moeder of die van de vader geven. Echter, omdat nog niet duidelijk is of de voorgestelde bepaling ook daadwerkelijk geldend recht zal worden, kunnen de ouders hun stelling daar nu nog niet mee onderbouwen.

De Hoge Raad deelt het oordeel van het hof over de tweede analysevraag niet:

Uitgangspunt moet zijn dat 's hofs opvatting in elk geval ten aanzien van art. 26 IVBPR niet juist is.²⁰⁶

De Hoge Raad beantwoordt de tweede analysevraag, evenals de advocaat-generaal, positief. Het geschil valt wel onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR. Ook de derde analysevraag of de nationale bepalingen niet verenigbaar zijn met artikel 26 IVBPR, beantwoorden advocaat-generaal Moltmaker en de Hoge Raad positief zoals blijkt uit het slot van het navolgende citaat:

Ook bij dit uitgangspunt kan het middel evenwel niet tot cassatie leiden. Het huidige Nederlandse recht bevat geen aanknopingspunt voor enig stelsel van keuze door de ouders van de achternaam van het kind. Er zijn vele verschillende stelsels denkbaar waarin een dergelijke keuze in enigerlei vorm mogelijk is, waarvan dat voorgesteld in het voorontwerp voor een Wet herziening van het naamrecht, genoemd in de conclusie van het OM onder 2, er slechts een is. Zoals ook uit de toelichting op dit voorontwerp

²⁰⁵ HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, gerechtshof r.o. 3.

²⁰⁶ HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

en uit de na het bekend worden van het voorontwerp gevolgde discussie in de literatuur naar voren komt, zijn bij de vraag welk stelsel hier de voorkeur verdient uiteenlopende belangen van praktische en meer principiële aard betrokken, die zowel het bestuur als de onderlinge verhouding tussen de burgers raken en met het oog waarop ook uitwerking in administratieve uitvoeringsmaatregelen vereist zal zijn. Daarvan uitgaande moet worden aangenomen dat een voorziening als het middel verlangt, mede in aanmerking genomen de aard van de daarbij betrokken belangen, valt buiten de rechtsvormende taak van de rechter als bedoeld in HR 12 okt. 1984, *NJ* 1985, 230. Het is derhalve slechts aan de wetgever om te bepalen op welke wijze op het onderhavige terrein het best aan het beginsel van art. 26 kan worden voldaan.²⁰⁷

De Hoge Raad beantwoordt, ondanks het positieve antwoord op de derde analysevraag, de vierde analysevraag negatief, omdat hij oordeelt dat het beëindigen van de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Het buiten toepassing laten van de nationale bepalingen over het naamrecht die onverenigbaar zijn met artikel 26 IVBPR, lost het geschil namelijk niet op. In de woorden van Alkema, een van de beide annotatoren, bij deze beschikking:

Al is het bestaande naamrecht dus kennelijk discriminatoir, de HR verklaart het i.c. niet buiten toepassing op de wijze voorzien in art. 94 Gr.w. Dit zou trouwens slechts een vacuüm opleveren, omdat dan nog niet duidelijk zou zijn hoe de wel toepasselijke rechtsregel luidt.²⁰⁸

De reden voor het negatieve antwoord van de Hoge Raad op de vierde analysevraag is dat er verschillende stelsels denkbaar zijn voor de keuze door de ouders van de familienaam van hun kind. Gezien de aard van de bij deze keuze betrokken belangen behoort, aldus de Hoge Raad, de wetgever en niet de rechter deze keuze te maken. De Hoge Raad verwijst naar de eerder besproken uitspraak over het nationaliteitsrecht van enige jaren eerder.²⁰⁹

²⁰⁷ HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, r.o. 3.

²⁰⁸ HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, noot E.A. Alkema onder 5.

²⁰⁹ HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230, m.nt. W.C.L. van der Grinten; zie ook par. 4.2.

De Hoge Raad sluit met zijn oordeel dat de wetgever moet bepalen hoe de onverenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht moet worden beëindigd, aan bij het advies van advocaat-generaal Moltmaker. Moltmaker heeft in zijn conclusie ook nog voorgesteld:

Dat het Ministerie van Justitie geen bijzondere haast maakt [...] zou een reden kunnen zijn de wetgever 'op termijn te stellen'. De redenering zou dan kunnen zijn, dat art. 1:5 BW weliswaar in strijd is met de art. 8 en 14 EVRM en art. 26 IVBP, maar dat de bezwaren, verbonden aan het ingrijpen door de rechter op dit moment nog prevaleren boven het belang van de betrokkenen.

Die afweging kan echter over enkele jaren anders uitvallen als de wetgever in gebreke blijft bij het opheffen van de discriminatie.²¹⁰

De Hoge Raad neemt de suggestie van de advocaat-generaal om de wetgever 'op termijn te stellen' niet over.²¹¹

Afronding

Artikel 1:5 lid 2 BW dat regelt dat een minderjarig kind na erkenning de geslachtsnaam van zijn vader draagt, wordt door de rechter niet verenigbaar geoordeeld met een aantal een ieder verbindende verdragsbepalingen. De Hoge Raad oordeelt dat het op de weg van de wetgever ligt om de onverenigbaarheid te beëindigen. Hij stelt zich, onder verwijzing naar de discussie die is ontstaan over een voorontwerp voor een nieuwe wet, en het feit dat er meerdere mogelijkheden zijn om de onverenigbaarheid te beëindigen, terughoudend op. Ook uit het niet overnemen van de suggestie van de advocaat-generaal om de wetgever 'op termijn te stellen' spreekt een terughoudende opstelling. De Hoge Raad laat de staatsrechtelijke verhoudingen prevaleren boven het voldoen aan de verdragsverplichtingen van Nederland en het waarborgen van de rechten van partijen.

²¹⁰ HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten, conclusie A-G onder 2.2.7.

²¹¹ In HR 12 mei 1999, *NJ* 2000, 170, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 3.15 en 3.18 stelt de belastingrechter de wetgever 'op termijn'. Hij gebruikt daarvoor nagenoeg dezelfde woorden als advocaat-generaal Moltmaker in deze conclusie; zie par. 5.4.1.

4.6.2 De geslachtsnaam van minderjarige kinderen na erkenning vanaf 1 januari 1998

Op 1 januari 1998 treedt het nieuwe artikel 1:5 BW in werking. Het eerste lid bepaalt dat een kind dat alleen in familierechtelijke betrekking tot zijn moeder staat, haar geslachtsnaam draagt. Artikel 1:5 lid 2 eerste volzin BW luidt vanaf 1 januari 1998:

Indien een kind door erkenning in familierechtelijke betrekking tot de vader komt te staan, houdt het de geslachtsnaam van de moeder, tenzij de moeder en de erkenner ter gelegenheid van de erkenning gezamenlijk verklaren dat het kind de geslachtsnaam van de vader zal hebben.

De problemen zoals deze naar voren kwamen in de beschikkingen van de vader die niet wilde erkennen om te voorkomen dat het kind zijn familienaam zou krijgen, behoren hiermee tot het verleden. Door de eerste volzin van het nieuwe artikel 1:5 lid 2 BW kunnen ongehuwde ouders vanaf 1 januari 1998 samen bepalen of het kind na de erkenning de achternaam van de moeder, dan wel die van de vader krijgt.

Zo'n tien maanden na de inwerkingtreding van de nieuwe artikelen moet de Hoge Raad zich nog een keer uitspreken over de problematiek onder het wettelijk regime van vóór 1 januari 1998, omdat het een cassatieberoep betreft van een beschikking van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 22 oktober 1997.²¹²

Een vader heeft aan de rechtbank verzocht hem vervangende toestemming te verlenen om zijn drie kinderen te erkennen, omdat de moeder heeft geweigerd haar toestemming te verlenen.²¹³ De moeder weigert haar toestemming onder andere om te voorkomen dat de kinderen door de erkenning de geslachtsnaam van de vader krijgen. De moeder acht gezien de leeftijd van de kinderen de wijziging van hun achternaam ongewenst.²¹⁴

²¹² De Wet van 10 april 1997 tot wijziging van de artikelen 5 en 9 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en in verband daarmee van enige andere artikelen van dit Wetboek, *Stb.* 1997, 161, in werking getreden op 1 januari 1998.

²¹³ Zie par. 4.3.1.

²¹⁴ De kinderen zijn geboren in 1984 en 1989.

De rechtbank heeft het verzoek van de vader om vervangende toestemming voor de erkenning van zijn kinderen afgewezen, omdat zij in het licht van de omstandigheden niet oordeelt dat de moeder niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot haar weigering om toestemming voor de erkenning te verlenen. De moeder heeft derhalve geen misbruik gemaakt van haar bevoegdheid.²¹⁵ De rechtbank past het ‘oude’, dan nog van toepassing zijnde naamrecht toe zonder te verwijzen naar de op handen zijnde wetwijziging.

Na de afwijzing van zijn verzoek door de Rechtbank Breda stelt de vader op 16 april 1997 hoger beroep in bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Het hof overweegt:

Inmiddels is in het Stb. 1997 nr. 161 geplaatst de wet van 10 april 1997 tot wijziging van de art. 1:5 en 9 BW en in verband daarmee van enige andere artikelen van dit wetboek.

In het nieuwe art. 1:5 lid 2 BW is – voorzover hier van belang – bepaald, dat indien een kind door erkenning in familierechtelijke betrekking tot de vader komt te staan het de geslachtsnaam van de moeder behoudt, tenzij de moeder en de erkenner ter gelegenheid van de erkenning gezamenlijk verklaren dat het kind de geslachtsnaam van de vader zal hebben.

De wet zal op een ander (lees: nader) te bepalen tijdstip in werking treden.²¹⁶

Gelet op deze stand van de rechtsontwikkeling is niet langer aanvaardbaar dat het recht van de ouders op een door hen te kiezen geslachtsnaam ingeval van erkenning niet kan worden uitgeoefend.

Nu de moeder wenst dat de kinderen de geslachtsnaam T. zullen blijven behouden en nu de vader daarmee instemt, is het hof van oordeel dat die wens van de moeder moet worden gerespecteerd en dat art. 1:5 lid 2 BW buiten toepassing moet blijven, aangezien toepassing daarvan onder deze omstandigheden een ongerechtvaardigde inbreuk vormt op genoemd recht van de moeder.²¹⁷

²¹⁵ HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 3.3; zie ook par. 4.3.1.

²¹⁶ Op 19 november 1997 is vastgesteld dat de wet op 1 januari 1998 in werking zal treden, *Stb.* 1997, 563.

²¹⁷ HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 871, hof r.o. 4.10-4.11.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Het hof wijst aansluitend het verzoek van de vader om vervangende toestemming tot erkenning van de kinderen toe. Het rechtsgevolg dat het nog geldende artikel 1:5 lid 2 BW aan deze erkenning verbindt, namelijk dat de kinderen de achternaam van de vader krijgen, laat het hof buiten toepassing. De kinderen behouden de geslachtsnaam van de moeder.

De moeder stelt beroep in cassatie in, omdat zij de erkenning door de vader heeft geweigerd om meer redenen dan alleen het wijzigen van de achternaam van de kinderen. Het vierde onderdeel van het cassatiemiddel²¹⁸ verwijt het hof dat het ten onrechte heeft geanticipeerd op de inwerkingtreding van het nieuwe artikel 1:5 lid 2 BW. Dit is, aldus het cassatiemiddel, niet toegestaan, omdat de wetgever terugwerkende kracht van het nieuwe naamrecht uitdrukkelijk heeft uitgesloten en omdat het nieuwe recht wezenlijk afwijkt van het tot 1 januari 1998 geldende recht.²¹⁹ De Hoge Raad laat in het midden of de moeder überhaupt belang heeft bij dit onderdeel van het cassatiemiddel²²⁰ en oordeelt dat het onderdeel geen doel treft, omdat het hof in zijn uitspraak het nieuwe recht niet anticiperend heeft toegepast:

... maar enkel aan het totstandgekomen zijn van deze bepaling bij de wet van 10 april 1997, Stb. 161, een grond [heeft] ontleend voor zijn oordeel dat in een geval als het onderhavige, waarin zowel de moeder als de erkenner wensen dat de kinderen na de erkenning de geslachtsnaam van de moeder zullen blijven dragen, naar de stand van de rechtsontwikkeling ten tijde van zijn uitspraak niet (langer) kan worden gezegd dat toepassing van art. 1:5 lid 2 (oud) BW in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van een van de in art. 8 lid 2 EVRM genoemde doeleinden en dat daarom eerstgenoemde bepaling – die onverenigbaar is met het ter

²¹⁸ De bespreking van de verwerping van de eerste drie onderdelen laat ik achterwege, omdat zij geen verband hebben met de kwestie die in deze paragraaf aan de orde is, namelijk de verkrijging en wijziging van een familienaam.

²¹⁹ HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 871, cassatieklachten onder 4.

²²⁰ De advocaat-generaal concludeert dat de moeder geen belang heeft bij het vierde onderdeel van het cassatiemiddel. De erkenning heeft nog niet kunnen plaatsvinden, omdat het cassatieberoep schorsende werking heeft. De bij de erkenning behorende familierechtelijke betrekkingen zullen pas na de inwerkingtreding van de wet ontstaan, waardoor op grond van de overgangsbepalingen het nieuwe naamrecht van toepassing zal zijn, HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 871, conclusie A-G onder 2.4.

zake van de geslachtsnaam van hun kinderen uit het eerste lid van art. 8 EVRM voortvloeiende keuzerecht van de ouders – in dit geval buiten toepassing moet blijven.²²¹

Het hof heeft, aldus de Hoge Raad, niet het nog niet in werking getreden nieuwe recht toegepast. Het hof heeft slechts beslist dat de toepassing van het oude recht, dat in strijd is met artikel 8 lid 1 EVRM, niet langer past binnen de beperkingen die artikel 8 lid 2 EVRM toestaat. Dit is een gevolg van de rechtsontwikkeling die onder meer blijkt uit de totstandkoming van de nieuwe wet.

Het hof en de Hoge Raad beantwoorden de derde analysevraag positief. Het hof beëindigt de onverenigbaarheid door het rechtsgevolg van de nationale bepaling buiten toepassing te laten en aansluitend de ambtenaar van de burgerlijke stand te bevelen dat hij in de geboorteakte expliciet vermeldt, dat de kinderen de geslachtsnaam van de moeder behouden. Het hof wekt daarmee op z'n minst de schijn te anticiperen op de wettelijke bepalingen die enige maanden later in werking zullen treden. Het hof past niet artikel 8 EVRM of het overgebleven nationale recht toe in plaats van het buiten toepassing gelaten rechtsgevolg van de nationale bepaling. De toepassing van artikel 8 EVRM, het recht op respect voor het privé-, het familie- en het gezinsleven, geeft geen antwoord op de vraag welke achternaam de kinderen na de erkenning dragen. Ook de toepassing van het overgebleven nationale recht en met name de toepassing van artikel 1:5 lid 1 BW biedt geen soelaas. Een door de vader erkend kind is namelijk geen wettig, gewettigd of geadopteerd kind. Het lijkt mij verdedigbaar een door de vader erkend kind gelijk te stellen met een wettig of gewettigd kind, maar dan zou het kind alsnog de achternaam van de vader krijgen.

De Hoge Raad beëindigt de onverenigbaarheid door de nationale bepaling buiten toepassing te laten en aansluitend artikel 8 EVRM toe te passen. Volgens de Hoge Raad vloeit het recht van de ouders om de achternaam van hun kinderen te kiezen voort uit artikel 8 EVRM. De Hoge Raad licht

²²¹ HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 871, r.o. 3.5.

Artikel 94 Grondwet toegepast

niet toe waarop hij dit oordeel baseert.²²² Mijns inziens zou het oordeel van de Hoge Raad ertoe kunnen leiden dat kinderen na erkenning ook de achternaam van beide ouders zouden kunnen dragen als de ouders hiervoor zouden kiezen. Dit lijkt me niet wenselijk, omdat het door de kinderen voeren van een dubbele familienaam, anders dan bijvoorbeeld in Spanje, niet in het systeem van de Nederlandse wet past. Gezien deze ongewenste consequentie lijkt de motivering van het hof, waarin duidelijk staat dat de kinderen de achternaam van de moeder blijven dragen, mij zorgvuldiger. Overigens is het resultaat van de uitspraken van het hof en de Hoge Raad identiek. De vader kan zijn kinderen erkennen en de kinderen behouden de geslachtsnaam van de moeder.

Ondanks de wetswijziging van 1 januari 1998 moet de Hoge Raad zich in de zomer van 2000 opnieuw buigen over de wijziging van de achternaam van kinderen na erkenning door de vader. Een vader heeft op 23 december 1997, dus slechts enige dagen vóór het in werking treden van het ‘nieuwe’ artikel 1:5 BW, een verzoek ingediend om vervangende toestemming voor de erkenning van zijn minderjarige zoon. De moeder heeft op de terechtzitting bij de rechtbank laten weten dat zij “kan instemmen met de erkenning, mits daaraan niet het rechtsgevolg wordt verbonden dat de geslachtsnaam van S. (de zoon – JdW) verandert”.²²³ De rechtbank wijst op 11 november 1998, bijna een jaar na de inwerkingtreding van de ‘nieuwe’ wet, het verzoek van de vader toe en beslist dat:

... het aan de erkenning van het kind door de man, krachtens het bepaalde in artikel 1:5, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, verbonden rechtsgevolg van toepassing is en dat de latere vermelding als geslachtsnaam van het kind vermeldt de geslachtsnaam van de vader.²²⁴

De rechtbank past het oude recht toe, omdat het verzoek van de vader dateert van voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet. De moeder is het

²²² Wellicht heeft de Hoge Raad zijn oordeel gebaseerd op EHRM 22 februari 1994, NJ 1996, 12, m.nt. E.A. Alkema (*Burghartz/Zwitserland*).

²²³ HR 23 juni 2000, NJ 2000, 518, r.o. 3.1 onder ii.

²²⁴ HR 23 juni 2000, NJ 2000, 518, r.o. 3.1 onder iii.

niet eens met de naamswijziging van haar zoon en stelt hoger beroep in bij het Gerechtshof Arnhem. Het hof wijst het verzoek van de moeder toe en vernietigt de beschikking van de rechtbank. De naamswijziging van de zoon acht het hof een rechtens te respecteren belang van de moeder. De weigering van de moeder om haar medewerking aan de erkenning te verlenen is daarom gerechtvaardigd.²²⁵

De Hoge Raad oordeelt in cassatie dat de rechtbank en het hof een van de overgangsbepalingen bij de Wet van 10 april 1997 niet goed hebben toegepast:

Art. V van voormelde wet van 10 april 1997 bepaalt, voor zover hier van belang, dat deze wet wat betreft de geslachtsnaam van een kind (...) alleen van toepassing is in het geval dat de familierechtelijke betrekking van het kind met de beide ouders op of na het tijdstip van inwerkingtreding van de wet ontstaat. Nu de familierechtelijke betrekking hier *met beide ouders* eerst ontstaat op het moment van erkenning van het kind door de vader, hadden Rechtbank en Hof overeenkomstig het bepaalde in voormeld art. V moeten beslissen met inachtneming van het nieuwe art. 5 lid 2, eerste volzin, BW.²²⁶

De Hoge Raad beantwoordt de derde analysevraag impliciet negatief. Artikel 8 EVRM is weliswaar geschonden, maar dit is een gevolg van het onjuist toepassen van het nationale recht. Een juiste toepassing van de nieuwe nationale bepalingen leidt niet tot een schending van artikel 8 EVRM. De nieuwe bepalingen over de verkrijging en wijziging van een geslachtsnaam zijn verenigbaar met artikel 8 EVRM.

Voor zover mij bekend, heeft de Hoge Raad zich na 2000 nog slechts één keer uitgesproken over de verenigbaarheid van de toepassing van de nationale bepaling over de achternaam van een minderjarig kind na erkenning met een ieder verbindende verdragsbepalingen.²²⁷

²²⁵ HR 23 juni 2000, *NJ* 2000, 518, r.o. 3.1 onder iv.

²²⁶ HR 23 juni 2000, *NJ* 2000, 518, r.o. 4.1, cursivering Hoge Raad.

²²⁷ HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 258; *RFR* 2006, 70. In *Rb. 's-Gravenhage* 14 september 2009, *RFR* 2010, 26, komt de vraag naar het wijzigen van de geslachtsnaam zijde-

Artikel 94 Grondwet toegepast

Half juli 2003 verzoekt een moeder de Rechtbank Rotterdam om over te gaan tot de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap ten behoeve van haar in 2002 geboren kind.²²⁸ De moeder en de man bezitten beiden een dubbele, te weten de Nederlandse en de Marokkaanse, nationaliteit. Het kind heeft uitsluitend de Nederlandse nationaliteit. Ook vraagt zij de rechtbank te beslissen dat het kind de geslachtsnaam van de vader zal gaan dragen. Op 30 juni 2004 wijst de rechtbank beide verzoeken van de moeder toe, ondanks het feit dat de man de verzoeken van de moeder heeft bestreden.

De man stelt hoger beroep in bij het Gerechtshof 's-Gravenhage. Hij verzoekt het hof te bepalen dat het kind niet zijn familienaam krijgt, maar de achternaam van de moeder behoudt. Het hof wijst in februari 2005 het verzoek van de man toe en wijst het inleidende verzoek van de moeder voor wat betreft de wijziging van de achternaam van het kind alsnog af. Het hof constateert dat de rechtbank heeft geoordeeld, dat het in het belang van het kind is om de achternaam van de vader te dragen:

Aan de bestreden beschikking ligt derhalve een belangenafweging ten grondslag. Naar het oordeel van het hof is dit onjuist, nu er bij de toepassing van artikel 1:5 lid 2 BW geen plaats is voor enige belangenafweging. Uit niets is het hof gebleken dat voorbij mag worden gegaan aan het uitdrukkelijk door de wetgever bedoelde en in artikel 1:5 lid 2 BW neergelegde vereiste van een gezamenlijke verklaring.²²⁹

De bijzonder curator stelt cassatieberoep in tegen de beschikking van het hof. In het cassatiemiddel voert hij aan dat het hof door de strikte toepassing van artikel 1:5 lid 2 BW een aantal internationale bepalingen heeft geschonden. Hij noemt artikel 7, eerste lid, van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) en de artikelen 8 en 14 EVRM. De rechter moet, aldus het cassatiemiddel, een verzoek om een naamswijziging toewijzen, als dit in het belang van het kind moet worden geacht.

lings aan de orde. De rechtbank verwijst naar en volgt in haar oordeel de beschikking van de Hoge Raad van 14 april 2006, *NJ* 2006, 258; *RFR* 2006, 70.

²²⁸ De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is voor de toepassing van het naamrecht gelijk te stellen met erkenning door de vader.

²²⁹ HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 258; *RFR* 2006, 70, hof r.o. 9.

Daar doet het ontbreken van een gezamenlijke verklaring van de ouders niet aan af.

De Hoge Raad besteedt eerst aandacht aan de eerste twee analysevragen in verband met artikel 7 IVRK. Hij laat met de woorden “daargelaten of het (artikel 7 lid 1 IVRK – JdW) rechtstreekse werking heeft” de beantwoording van de eerste analysevraag naar de een ieder verbindendheid van de ingeroepen verdragsbepaling min of meer achterwege, omdat hij de tweede analysevraag negatief beantwoordt. Het geschil valt niet onder de reikwijdte van het eerste lid van artikel 7 IVRK, omdat dit, voor zover in dit geschil van belang, slechts het recht van een kind om vanaf de geboorte een naam te hebben beschermt.²³⁰ Die vraag is in dit geschil niet aan de orde, omdat het kind immers sinds de geboorte de achternaam van de moeder draagt. De vraag die in dit geschil moet worden beantwoord, is of het kind tegen de wil van de vader toch zijn achternaam kan krijgen. Na het negatieve antwoord op de tweede analysevraag hoeft de Hoge Raad de derde analysevraag of de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 7 lid 1 IVRK, niet te beantwoorden. Aansluitend overweegt de Hoge Raad:

De uiteindelijke keuze van de wetgever voor het stelsel van art. 1:5 lid 2 BW [...] valt binnen de grenzen van de beoordelingsvrijheid die het EVRM de nationale wetgever op het onderhavige rechtsgebied laat. Wanneer ouders het niet met elkaar erover eens zijn of hun kind de geslachtsnaam van de ene dan wel van de andere ouder zal hebben, brengt noch art. 8 noch art. 14 EVRM mee dat de rechter de voor dat geval gemaakte, in art. 1:5 lid 2 BW neergelegde, keuze van de wetgever op basis van een belangenafweging opzij moet kunnen zetten en bepalen dat het kind de geslachtsnaam van de vader zal hebben.²³¹

De Hoge Raad beantwoordt de derde analysevraag of de nationale bepaling niet verenigbaar is met de artikelen 8 en 14 EVRM, negatief. De wetgever heeft bij de vaststelling van de bepalingen over de verkrijging en wijziging van een geslachtsnaam de grenzen van de door het EVRM gege-

²³⁰ HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 258; *RFR* 2006, 70, r.o. 3.4.

²³¹ HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 258; *RFR* 2006, 70, r.o. 3.5.

Artikel 94 Grondwet toegepast

ven beoordelingsvrijheid in acht genomen. Advocaat-generaal Langemeijer verwijst in zijn conclusie naar een aantal uitspraken van het EHRM, waaruit blijkt dat het Hof de lidstaten op het gebied van het naamrecht een ‘wide margin of appreciation’ laat.²³² De strikte toepassing van artikel 1:5 lid 2 BW door het Haagse gerechtshof is daardoor niet onverenigbaar met de artikelen 8 en 14 EVRM.

Afronding

De rechterlijke macht oordeelt dat het ‘nieuwe’ artikel 1:5 BW, zoals dat op 1 januari 1998 in werking is getreden, verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. De bescherming van de rechten van burgers die het nieuwe artikel biedt, voldoet aan de eisen die het internationale recht stelt.

De Hoge Raad accepteert, hoewel hij dit zelf anders uitlegt, dat het hof de ‘nieuwe’ bepaling al enige maanden vóór de inwerkingtreding toepast.

4.7 Tot besluit

Aan het einde van de jaren ’70 van de vorige eeuw leek zich, zoals we hebben gezien in het vorige hoofdstuk, een verandering aan te kondigen in de invulling van de bevoegdheden door de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat deze verandering zich in de rechtspraak in het privaatrecht heeft doorgezet. Meer en meer is de rechter de toepassing van nationale bepalingen gaan toetsen aan internationaal recht. Daarnaast is de rechter overgestapt van een meer abstracte toetsing naar een concrete toetsing van de toepassing van de nationale bepaling aan een ieder verbindende verdragsbepalingen.

Regelmatig oordeelt de rechter dat de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met het internationale recht. Dit wil niet zeggen dat de rechter dit altijd expliciet uitspreekt. Hij laat dit oordeel menigmaal impli-

²³² HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 258; *RFR* 2006, 70, conclusie A-G onder 3.12-3.13.

ciet of spreekt uit dat het antwoord op de vraag of de toepassing van de nationale bepaling verenigbaar is met de verdragsbepaling, 'in het midden' kan blijven.

Het positieve antwoord op de derde analysevraag brengt met zich mee dat de rechter invulling moet gaan geven aan het uitspraakgebod van het toetsingsartikel. De geanalyseerde rechtspraak toont dat de rechter het uitspraakgebod, het buiten toepassing laten van de nationale bepaling, slechts zeer sporadisch letterlijk invult om de onverenigbaarheid met een verdragsbepaling te beëindigen. Veel vaker beëindigt de rechter de onverenigbaarheid door het uitspraakgebod anders in te vullen. Veel voorkomende manieren die de rechter gebruikt, zijn het verruimen of verenigen van de reikwijdte van de nationale bepaling. De rechter verruimt of verengt de reikwijdte door de nationale bepaling extensief of restrictief te interpreteren of toe te passen. De nationale bepaling krijgt een verruimde reikwijdte door een aan de nationale bepaling verbonden voorwaarde niet toe te passen of door de bepaling van toepassing te verklaren op een grotere groep personen dan waarvoor de bepaling oorspronkelijk is geschreven. Dit laatste wordt ook wel een analoge toepassing genoemd.²³³

De reikwijdte van de nationale bepaling wordt verengd door aan de bepaling een extra voorwaarde te verbinden. Ook vult de rechter door het formuleren van een of meerdere voorwaarden of door een analoge toepassing van de nationale bepaling een lacune in het nationale recht om de onverenigbaarheid met het internationale recht te beëindigen.

Deze wijzen van invulling van het uitspraakgebod omschrijft de Hoge Raad zelf regelmatig als een redelijke wetstoepassing of redelijke wetsuitleg. Soms vult de Hoge Raad aan dat de redelijke uitleg past in het stelsel van de wet of aansluit bij de bedoeling van de wetgever. Soms motiveert de Hoge Raad de keuze voor een redelijke uitleg door aan te geven dat op deze manier een onaanvaardbaar resultaat wordt voorkomen. Met de keuze voor een redelijke uitleg respecteert de Hoge Raad zijn positie ten opzichte van de wetgever, omdat hij op deze manier het wetgevings-

²³³ De Boer spreekt over een analogische toepassing, HR 21 november 1996, *NJ* 1997, 422, m.nt. J. de Boer, noot onder 3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

proces, dat al of niet in gang is gezet, niet doorkruist. Echter, als de Hoge Raad oordeelt dat de wetgever in het wetgevingsproces een verkeerde keuze dreigt te maken in het licht van het internationale recht, dan grijpt de Hoge Raad in door een beschikking te geven waarmee hij het wetgevingsproces juist nadrukkelijk wel lijkt te willen beïnvloeden.

Naast deze manieren van het invullen van het uitspraakgebod waarin de rechter de werking van het nationale recht – zoveel mogelijk – spaart, ontwerpt de Hoge Raad zeer sporadisch een uitgebreidere gedetailleerde eigen regeling. De Lentebeschikkingen kunnen ook ruim vijfentwintig jaar na dato nog altijd uitzonderlijk worden genoemd.

Als de rechter geen mogelijkheden ziet om de onverenigbaarheid van de toepassing van de nationale bepaling met de verdragsbepaling te beëindigen, omdat het beëindigen van de onverenigbaarheid op meerdere manieren mogelijk is en dit keuzes van rechtspolitieke aard vergt, dan oordeelt de rechter dat het geven van een oplossing zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. De rechter beëindigt in deze uitspraken waarin hij abstineert, de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht niet.

In alle besproken delen van het familierecht is na 1980 nieuwe wetgeving in werking getreden. De totstandkoming van nieuwe wetgeving heeft in een aantal gevallen langer dan gewenst op zich laten wachten. Dit bemoeilijkt de rol van de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht, omdat de rechter zich als een wetgevingsproces loopt, over het algemeen terughoudend opstelt om dit proces niet te beïnvloeden.

Bij het ontwerpen van de nieuwe wetgeving heeft de wetgever de intentie te voldoen aan de eisen die het internationale recht stelt. De analyse van de rechtspraak van na de wetwijzigingen laat zien dat de wetgever naar het oordeel van de rechter over het algemeen het beoogde doel heeft bereikt. Slechts in een aantal bijzondere gevallen oordeelt de rechter dat de nieuwe wetgeving niet verenigbaar is met het internationale recht. De rechter blijkt in deze gevallen de onverenigbaarheid met het internationale recht vrij eenvoudig te kunnen beëindigen door bij de toepassing van de nationale

bepaling aan te sluiten bij de bedoeling van de wetgever. Zo levert recente wetgeving niet alleen direct, door het beëindigen van de onverenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht, maar ook indirect, omdat de rechter zonder veel moeite eventueel nog bestaande of nieuw ontstane onverenigbaarheid kan beëindigen, een belangrijke bijdrage aan het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht. Dit geeft aan dat een wetgevingsproces waaruit de bedoeling van de wetgever helder naar voren komt, de rechter ondersteunt bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. Naar mijn mening zou de rechter de wetgever wellicht ook meer kunnen ondersteunen door zijn uitspraken, zeker als hij daarmee een signaal geeft aan de wetgever, uitgebreider te motiveren.

Naast de uitspraken onder het regime van recente wetgeving waarin de rechter vrij eenvoudig de onverenigbaarheid van de toepassing van het nationale recht met het internationale recht kan beëindigen door aan te sluiten bij de bedoeling van de wetgever, zijn er nog een aantal andere uitspraken onder het regime van recente wetgeving besproken. Dat zijn ten eerste de uitspraken van de Hoge Raad uit 2005, 2006 en 2008 over de verplichting dat een verzoek tot wijziging van het gezag over minderjarig kinderen afkomstig moet zijn van beide ouders. In deze uitspraken is het toetsingsartikel volgens de eigen criteria van de Hoge Raad niet van toepassing, omdat volgens internationale maatstaven de toepassing van het nationale recht niet onverenigbaar is met het internationale recht. Toch oordeelt de Hoge Raad dat een voorwaarde die de nationale bepaling stelt, geen toepassing mag vinden. Daarnaast verwijst de Hoge Raad in deze uitspraken niet naar een reeds aanhangig wetsvoorstel. De Hoge Raad zou in de motivering van zijn oordeel hebben kunnen verwijzen naar het aanhangige wetsvoorstel. Daarnaast zou hij hebben kunnen onderzoeken of de rechtszekerheid in de weg stond aan het anticiperend toepassen van de voorgestelde wetsbepaling. Als dit laatste niet het geval zou zijn geweest, dan zou de Hoge Raad een beschikking met hetzelfde resultaat hebben kunnen geven. Met een dergelijke motivering zou de Hoge Raad wel expliciet hebben getoond dat hij zich rekenschap had gegeven van zijn positie

Artikel 94 Grondwet toegepast

ten opzichte van de wetgever. De ruimere toepassing van het toetsingsartikel zou daarmee overigens nog niet teniet zijn gedaan.

De andere opvallende uitspraak onder het regime van recent gewijzigde regelgeving is de uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba uit 2001 over de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie past een regeling toe die door de wetgever bewust buiten de nieuwe wetgeving is gelaten, omdat de wetgever deze regeling nog te zeer omstreden achtte.

Over een uitspraak van het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen uit 1968 is in het vorige hoofdstuk opgemerkt dat de opener houding van de Antilliaanse rechter tegenover het internationale recht zou kunnen samenhangen met een geringere regeldichtheid en de vele gedateerde wetgeving.²³⁴ Het is onmogelijk om voor de activistische houding van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie in 2001 dezelfde verklaring te geven, aangezien het nieuwe familierecht nog geen jaar eerder in werking was getreden.

Over deze uitspraken van de Hoge Raad en van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie kan worden gezegd dat de beide rechterlijke colleges een ongeoorloofd activistische houding hebben aangenomen waardoor het evenwicht in de staatsrechtelijke verhoudingen verstoord zou hebben kunnen raken. Wel moet worden opgemerkt dat deze laatste uitspraken uitzonderingen vormen op de regel dat de rechter zich in het privaatrecht over het algemeen zeer verantwoordelijk toont voor zijn positie ten opzichte van de wetgever. Hoe dit in het publiekrecht is, zal duidelijk worden in het volgende hoofdstuk waarin de rechtspraak op het gebied van het publiekrecht vanaf 1980 zal worden onderzocht.

²³⁴ Par. 3.5.4.

5 De rechtspraak in het publiekrecht vanaf 1980

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt, evenals in het vorige hoofdstuk, de jurisprudentie vanaf 1980 over het waarborgen van de verenigbaarheid van nationale bepalingen van wetten in formele zin met een ieder verbindende verdragsbepalingen besproken. In het vorige hoofdstuk is de rechtspraak in het privaatrecht geanalyseerd. In dit hoofdstuk wordt de rechtspraak over een aantal publiekrechtelijke leerstukken besproken. De centrale vragen – Hoe geeft de rechter invulling aan zijn bevoegdheid bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht? – en – Hoe geeft de rechter invulling aan zijn bevoegdheid bij het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht? – blijven ten opzichte van het vorige hoofdstuk ongewijzigd.

In de volgende paragraaf, paragraaf 5.2, wordt de rechtspraak over het recht op toegang tot de rechter in de Krankzinnigenwet 1884 en in de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet BOPZ) behandeld.

In de paragrafen 5.3. en 5.4 wordt de rechtspraak geanalyseerd waarin de vraag aan de orde is of nationale bepalingen verenigbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel van artikel 26 IVBPR. In paragraaf 5.3 wordt de jurisprudentie over een aantal bepalingen van socialezekerheidswetten nader onder de loep genomen. Daarna is in paragraaf 5.4 de jurisprudentie over de verenigbaarheid van nationale belastingrechtelijke bepalingen met artikel 26 IVBPR onderwerp van studie.

5.2 Het recht op toegang tot de rechter in de Krankzinnigenwet en de Wet BOPZ

De Krankzinnigenwet van 1884¹ regelde onder andere de opname en het verblijf in en het ontslag van patiënten uit een psychiatrische instelling. De Krankzinnigenwet verleende aan de officier van justitie en de rechter een aantal discretionaire bevoegdheden bij de beslissingen over de voortzetting van het verblijf in en verzoeken tot ontslag uit een psychiatrische instelling. De officier van justitie kon de voortzetting van het verblijf van een patiënt in een instelling vorderen zonder de patiënt in de gelegenheid te stellen door een onafhankelijke rechter te worden gehoord. De rechter kon over een ontslagverzoek van een patiënt oordelen op grond van een medisch rapport. Hij had daarbij de mogelijkheid om het horen van de patiënt achterwege te laten. De Krankzinnigenwet werd in 1994 vervangen door de Wet BOPZ.²

5.2.1 Het recht op toegang tot de rechter in de Krankzinnigenwet

In oktober 1979 wijst het EHRM een arrest tegen Nederland over een klacht over de schending van EVRM-bepalingen door de toepassing van artikelen van de Krankzinnigenwet.³ Dit arrest is, na het Engelarrest,⁴ het

¹ De Wet van 27 april 1884, *Stb.* 96, tot regeling van het Staatstoezicht op krankzinnigen.

² De Wet BOPZ werd in het Staatsblad (*Stb.* 1992, 669) bekendgemaakt in oktober 1992. Een enkel artikel trad direct na plaatsing in het Staatsblad in werking maar het grootste gedeelte van de Wet BOPZ trad pas ruim een jaar na de plaatsing in het Staatsblad op 17 januari 1994 in werking.

³ EHRM 24 oktober 1979, *NJ* 1980, 114, m.nt. E.A. Alkema, *NJCM-Bulletin* 1980, p. 54, m.nt. E.A. Alkema, (*Winterwerp/Nederland*).

⁴ EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223, m.nt. D.H.M. Meuwissen onder *NJ* 1978, 224 (*Engel/Nederland*). Dit arrest had even zo goed onder de naam De Witarrest bekend kunnen zijn geworden. In dit arrest deed het EHRM uitspraak in een zaak aangespannen door vijf dienstplichtige militairen. In 1971 hadden de vijf militairen, in alfabetische volgorde: Dona, Engel, Schul, Van der Wiel en De Wit bij de ECRM een klacht tegen Nederland ingediend. Zij voerden aan dat de straffen die aan hen waren opgelegd op grond van het Nederlands militair tuchtrecht, vrijheidsbevoengingen vormden die strijdig waren met artikel 5 EVRM. Ook waren zij van me-

tweede arrest dat het EHRM tegen ons land wijst. Medio 1968 wordt de heer Winterwerp, de klager, op verzoek van zijn echtgenote in een psychiatrische inrichting opgenomen. In de volgende jaren verlengt de rechtbank jaarlijks het verblijf in de inrichting op requisitoir van de officier van justitie. Tot vier maal toe verzoekt de klager hem te ontslaan uit de inrichting waarin hij tegen zijn wil verblijft. Dit verzoek wordt eenmaal door de rechtbank afgewezen, nadat de klager is gehoord. De overige drie maal wijst de officier van justitie het verzoek af zonder de klager te horen en zonder de rechtbank te consulteren, omdat de officier het verzoek bij voorbaat kansloos acht. Verder heeft de klager door de plaatsing in de psychiatrische inrichting automatisch het beheer over zijn goederen verloren. De genoemde maatregelen vinden hun grondslag in de Krankzinnigenwet. Het EHRM oordeelt dat het niet horen van de klager na een ontslagverzoek, het niet aan de rechter voorleggen van de verzoeken om vrijlating en het zonder rechterlijke procedure afnemen van het beheer over zijn goederen een schending van het EVRM opleveren. Er is sprake van een ongeoorloofde inbreuk op artikel 5 lid 4 EVRM en artikel 6 lid 1 EVRM. Het is niet zo dat de bepalingen in de Krankzinnigenwet zonder meer niet verenigbaar zijn met de artikelen 5 en 6 EVRM. De in de bestreden bepalingen opgenomen bevoegdheden zijn zo ruim geformuleerd dat het, aldus het EHRM, ook mogelijk zou zijn geweest deze bepalingen zo toe te passen, dat de door het EVRM beschermde rechten niet zouden zijn geschonden.⁵

Ongeveer een half jaar na de uitspraak van het EHRM schrijft de Minister van Justitie, De Ruiter, een brief aan de procureurs-generaal bij de gerechtshoven. In deze brief geeft de minister aan het Openbaar Ministerie een aantal richtlijnen voor de toepassing van de Krankzinnigenwet, omdat

ning dat de militaire autoriteiten bij de tegen hen gevolgde procedure de waarborgen van artikel 6 EVRM hadden geschonden. Het EHRM stelde de militairen op beide punten in het gelijk. Het EHRM honoreerde niet de klacht van de militairen dat ook artikel 10 EVRM, de vrijheid van meningsuiting, door het opleggen van de tuchtrechtelijke straffen, was geschonden.

⁵ EHRM 24 oktober 1979, NJ 1980, 114, m.nt. E.A. Alkema (*Winterwerp/Nederland*), noot.

Artikel 94 Grondwet toegepast

uit de uitspraak van het EHRM in de zaak Winterwerp is gebleken dat de Krankzinnigenwet van 1884 niet verenigbaar is met het EVRM:

... op de punten waar de wet ertoe niet verplicht dat de rechter de betrokkene in de gelegenheid stelt te worden gehoord, alsmede op enkele andere punten. In het gewijzigde ontwerp van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, dat bij de Tweede Kamer aanhangig is, is al met die uitspraak rekening gehouden. Totdat die nieuwe wetgeving van kracht wordt dient het nu uitgegeven richtsnoer voor de rechtspraak te worden gehanteerd.⁶

Een afschrift van deze brief wordt ook aan de presidenten van de rechtbanken en aan de kantonrechters gestuurd, omdat in de brief ook “aanbevelingen worden gedaan aan de rechters, die in de procedures betreffende de Krankzinnigenwet beslissingen nemen”.⁷ Over de richtlijnen kan – als zij worden nageleefd – worden opgemerkt dat de problemen die het EHRM in het arrest Winterwerp heeft gesignaleerd, voor een groot deel tot het verleden zullen behoren. De minister biedt in de richtlijnen echter niet voor alle mogelijke schendingen van het EVRM door de toepassing van de Krankzinnigenwet een oplossing.⁸

Enige jaren later, medio 1983, moet de Hoge Raad oordelen over de vraag of de toepassing van een aantal bepalingen van de Krankzinnigenwet, waarover gedeeltelijk ook werd geklaagd bij het EHRM, verenigbaar is met artikel 5 EVRM. In het voorliggende geschil zijn artikel 29 lid 3 en artikel 29 lid 6 juncto artikel 23 lid 2 Krankzinnigenwet van toepassing. Artikel 29 lid 3 Krankzinnigenwet geeft de officier van justitie de bevoegdheid om de voortzetting van de inbewaringstelling van iemand die is opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis, te vorderen zonder dat de betrokkene over

⁶ Richtlijnen voor toepassing Krankzinnigenwet en verlenging t.b.r. van de Minister van Justitie van 16 april 1980, *Stcrt.* 1980, 115 en *NJB* 1980, p. 734-735.

⁷ “Gezien de onafhankelijke positie van de rechterlijke macht ten opzichte van het bestuur kan de minister hoogstens aanbevelingen aan de rechterlijke macht doen.”, Later 1980, p. 825.

⁸ Later 1980, p. 828-830; zie ook EHRM 24 oktober 1979, *NJCM-Bulletin* 2000, p. 61, m.nt. M. Kuijer (*Winterwerp/Nederland*), p. 81.

deze vordering door een onafhankelijke rechter wordt gehoord.⁹ Artikel 29 lid 6¹⁰ juncto artikel 23 lid 2 Krankzinnigenwet¹¹ verleent de rechtbank de discretionaire bevoegdheid om, in gevallen waarin de officier van justitie haar raadpleegt over een vordering tot voortzetting van de inbewaringstelling, te oordelen zonder de betrokkene te horen. Over de bevoegdheden van de officier van justitie en de rechtbank oordeelt de Hoge Raad:

... dat de bepaling die de OvJ de bevoegdheid geeft betrokkene de weg naar de rechter af te snijden [...] buiten toepassing behoort te blijven, daar toepassing niet verenigbaar is met het aan betrokkene ingevolge art. 5 lid 4 van het Verdrag toekomend recht zijn detentie op de wijze als in die bepaling bedoeld door een rechter te doen beoordelen.

Met laatstgenoemde bepaling is eveneens onverenigbaar dat de rechter – waartoe de huidige regeling hem de bevoegdheid geeft – het verzoek zou afwijzen zonder betrokkene in de gelegenheid te hebben gesteld te worden gehoord. In zoverre behoort de huidige regeling eveneens buiten toepassing te blijven.¹²

De Hoge Raad gaat niet expliciet in op de eerste twee analysevragen. Kennelijk bestaat in dit geschil geen twijfel over de eerste analysevraag, de vraag of de ingeroepen verdragsbepaling een ieder verbindend is. Ook het antwoord op de tweede analysevraag of het voorliggende geschil valt onder de reikwijdte van de ingeroepen verdragsbepaling, in casu artikel 5 lid 1 en 4 EVRM, is kennelijk evident positief. Aan de derde analyse-

⁹ Artikel 29 lid 3 Krankzinnigenwet 1884 luidde, voor zover van belang: De officier behoeft de beslissing van de rechtbank niet te vragen, indien het verzoek klaarblijkelijk niet voor inwilliging vatbaar is [...].

Met een verzoek, wordt een ontslagverzoek van de in de psychiatrische inrichting opgenomen persoon bedoeld. Artikel 35g lid 2 Krankzinnigenwet codificeert dat de artikelen die de procedure bij een ontslagverzoek regelen ook van toepassing zijn op de procedure die moet worden gevolgd als de officier van justitie de voortzetting van de inbewaringstelling vordert.

¹⁰ Artikel 29 lid 6 Krankzinnigenwet 1884 luidde, voor zover van belang: De rechtbank kan, alvorens te beslissen, een nader onderzoek bevelen.

¹¹ Artikel 23 lid 2 Krankzinnigenwet 1884 luidde, voor zover van belang: De rechtbank kan echter nader bewijs door getuigen of andere middelen gelasten en zelfs het verhoor van den verpleegde bevelen.

¹² HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 161, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.5. In HR 1 juli 1983, *RvdW* 1983, 143, geeft de Hoge Raad een vrijwel gelijklopende beschikking.

Artikel 94 Grondwet toegepast

vraag – Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? – besteedt de Hoge Raad wel uitgebreid aandacht. Eerst oordeelt hij dat de toepassing van artikel 35b Krankzinnigenwet niet onverenigbaar is met artikel 5 lid 1 EVRM,¹³ het antwoord op de derde analysevraag is op dit punt negatief. Aansluitend beantwoordt de Hoge Raad de derde analysevraag op een ander punt positief. De toepassing van artikel 29 lid 3 en 6 juncto artikel 23 lid 2 Krankzinnigenwet is niet verenigbaar met artikel 5 lid 4 EVRM:

Op dit punt (artikel 5 lid 4 EVRM – JdW) schiet het huidige systeem van de Krankzinnigenwet tekort.¹⁴

Ook de vierde analysevraag – Beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? Zo ja, op welke wijze? – beantwoordt de Hoge Raad expliciet. De onverenigbaarheid moet worden beëindigd door de bestreden nationale bepalingen buiten toepassing te laten. De Hoge Raad sluit met deze formulering aan bij de zinsnede ‘vinden geen toepassing’ van het toetsingsartikel. Het zou in casu mogelijk zijn om in plaats van de buiten toepassing gelaten nationale bepalingen artikel 5 lid 4 EVRM toe te passen. De Hoge Raad noemt dit niet, omdat hij hier niet aan toekomt. Het buiten toepassing laten van de nationale bepalingen leidt namelijk niet tot vernietiging van de bestreden beschikking, omdat de betrokkene geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om een ontslagverzoek in te dienen, waardoor hij alsnog had kunnen afdwingen dat hij door een rechter zou worden gehoord.¹⁵

Nog geen half jaar later wordt de Hoge Raad opnieuw geroepen om te oordelen over de verenigbaarheid van bepalingen van de Krankzinnigenwet met artikel 5 EVRM. Opnieuw wordt de toepassing van artikel 29 lid 6 Krankzinnigenwet, nu in samenhang met artikel 23 lid 3 Krank-

¹³ HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 161, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.2.

¹⁴ HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 161, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.4.

¹⁵ HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 161, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.6 en noot onder 3.

zinnigenwet,¹⁶ bestreden. De Rechtbank Utrecht heeft in de bestreden beschikking een verzoek om ontslag uit een psychiatrische inrichting afgewezen, nadat de verzoeker via een rechterlijke machtiging in de psychiatrische inrichting is opgenomen. Verzoeker en zijn advocaat zijn na het ontslagverzoek door de rechtbank gehoord. Zij hebben echter geen toestemming gekregen om een deskundige mee te nemen naar het onderzoek ter zitting. Deze deskundige zou het advies en de mondelinge aanvulling daarop door de geneeskundige van het psychiatrisch ziekenhuis tijdens de zitting hebben kunnen bestrijden.¹⁷ De rechtbank mocht er, aldus de Hoge Raad, niet van uitgaan dat de verzoeker en zijn advocaat hiertoe zelf in staat waren, omdat zij geen specifieke deskundigheid hebben op het medische vlak. De Hoge Raad formuleert zijn oordeel in deze beschikking als volgt:

De verpleegde die ontslag verzoekt, ontleent – mede gezien art. 5 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden – aan art. 29 zesde lid in verbinding met art. 23 derde lid het recht om ter zake van zijn door de OvJ ter beslissing aan de Rb. voorgelegde verzoek in de gelegenheid te worden gesteld te worden gehoord. [...]

In cassatie mag worden aangenomen dat in het onderhavige geval een verzoek daartoe (tot het meenemen van een deskundige door de verzoeker – JdW) is gedaan, doch geweigerd. [...] Nu niet blijkt van enige grond welke het weigeren van bedoeld verzoek zou kunnen rechtvaardigen, klaagt het onderdeel er terecht over dat aldus een vorm is verzuimd die in het stelsel van de Krankzinnigenwet van zodanig belang is dat niet-naleving nietigheid ten gevolge heeft.¹⁸

¹⁶ Artikel 23 lid 3 Krankzinnigenwet 1884 luidde: Wordt het verhoor van den verpleegde bevolen, dan geschiedt dit in het gesticht, al of niet in tegenwoordigheid van een der daaraan verbonden geneeskundigen.

¹⁷ Op grond van artikel 29 lid 2 Krankzinnigenwet dient na het ontslagverzoek de geneeskundige van de psychiatrische inrichting zo spoedig mogelijk een schriftelijk, met redenen omkleed advies uit te brengen.

¹⁸ HR 2 december 1983, NJ 1984, 164, r.o. 3.2-3.4 (n.b. in deze beschikking ontbreekt r.o. 3.3).

Artikel 94 Grondwet toegepast

De formulering in deze beschikking van december 1983 toont weinig overeenkomst met de formulering in de beschikking van slechts enige maanden eerder. In de beschikking van juli 1983 sluit de Hoge Raad, zoals hierboven geciteerd, aan bij de woorden van het toetsingsartikel van de Grondwet en oordeelt hij dat een aantal artikelen van de Krankzinnigenwet wegens onverenigbaarheid met artikel 5 EVRM buiten toepassing behoren te blijven. Daarnaast zegt de Hoge Raad expliciet dat het systeem van de Krankzinnigenwet tekort schiet. In de beschikking van december 1983 kiest de Hoge Raad de formulering dat de verzoeker ‘mede gezien art. 5 EVRM’ aan de bepalingen van de Krankzinnigenwet het recht ontleent om na een ontslagverzoek door de rechter te worden gehoord. Als het horen niet of onvoldoende plaatsvindt, bijvoorbeeld door het niet inwilligen van het verzoek om een deskundige mee te mogen nemen naar de zitting, dan is de op basis van die zitting gegeven beschikking nietig. Het stelsel van de Krankzinnigenwet hecht, naar het oordeel van de Hoge Raad, zoveel belang aan een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang na een ontslagverzoek, dat de niet-naleving daarvan leidt tot een nietige beschikking.

Hoe beantwoordt de Hoge Raad de vier analysevragen in deze uitspraak? Op de eerste twee vragen gaat de Hoge Raad niet in, maar uit zijn overweging ‘mede gezien art. 5 EVRM’ kan worden opgemaakt dat hij artikel 5 EVRM een ieder verbindend acht en dat hij het geschil schaart onder de reikwijdte van artikel 5 EVRM. De derde analysevraag – Is de toepassing van de bepalingen van de Krankzinnigenwet niet verenigbaar met artikel 5 EVRM? – lijkt de Hoge Raad, anders dan in juli 1983, negatief te beantwoorden. Het stelsel van de Krankzinnigenwet vordert na een ontslagverzoek, aldus de Hoge Raad, een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang. Als tijdens de rechtsgang niet aan deze eisen is voldaan dan is artikel 5 EVRM geschonden, maar is ook het stelsel van de Krankzinnigenwet niet nageleefd. Een toepassing van de bepalingen volgens het stelsel van de Krankzinnigenwet zou niet tot een inbreuk op artikel 5 EVRM leiden. De nationale bepalingen, toegepast volgens het stelsel van de Krankzinnigenwet, en artikel 5 EVRM zijn derhalve niet onverenigbaar. Echter, als de nationale bepalingen in casu worden toegepast volgens het

stelsel van de Krankzinnigenwet, dan is er sprake van een beperktere toepassing dan tot op heden gebruikelijk was, omdat de discretionaire bevoegdheden van de officier van justitie en de rechtbank worden beperkt. De Hoge Raad komt door het negatieve antwoord op de derde analysevraag niet toe aan de vierde analysevraag.

Naar mijn mening, en daarin sta ik niet alleen,¹⁹ is het resultaat van het oordeel van de Hoge Raad ondanks een ogenschijnlijk ander antwoord op de derde analysevraag in beide beschikkingen identiek. Als iemand die is opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis, een verzoek doet daaruit te worden ontslagen, dan dient hij optimaal in staat te worden gesteld de rechter ervan te overtuigen dat zijn verzoek moet worden gehonoreerd. De gekozen formulering in beide beschikkingen is echter totaal verschillend. In de beschikking van juli 1983 citeert de Hoge Raad overwegingen uit het Winterverparrest en wordt de interpretatie van de belangrijke passages van artikel 5 lid 4 EVRM expliciet besproken.²⁰ In de beschikking van december 1983 beperken de verwijzingen van de Hoge Raad naar het internationale recht en de internationale jurisprudentie zich tot de tussenzin “– mede gezien art. 5 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden –”.²¹ De Hoge Raad verwijst niet naar en sluit in zijn bewoordingen niet aan bij het toetsingsartikel. In de beschikking van juli 1983 lijkt de Hoge Raad zijn oordeel hoofdzakelijk te onderbouwen met behulp van het verdragsrecht en de rechtspraak van het EHRM, terwijl in de beschikking van december 1983 de onderbouwing van het oordeel grotendeels lijkt te berusten op het nationale recht. De reden dat de Hoge Raad slechts luttele maanden na zijn – in het licht van het toetsingsartikel – heldere uitspraak kiest voor een andere motivering van zijn oordeel is uit de beide beschikkingen niet te destilleren. Ook in de literatuur wordt geen verklaring gegeven voor de perspectiefwijziging van de Hoge Raad, van een motivering vanuit een meer inter-

¹⁹ De Boer 1984, p. 507.

²⁰ HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 161, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.3.

²¹ HR 2 december 1983, *NJ* 1984, 164, r.o. 3.2.

Artikel 94 Grondwet toegepast

nationaal naar een motivering vanuit een overwegend nationaal gezichtspunt.²² Zou de Hoge Raad zelf enigszins geschrokken zijn van zijn ferme woorden over de nationale bepalingen en het systeem van de Krankzinnigenwet in de julibeschikking? En heeft hij daarom in de decemberbeschikking gekozen voor een genuanceerdere formulering?

In de jaren tussen 1983 en 1994 wordt nog regelmatig cassatieberoep ingesteld van een door de rechtbank gegeven beschikking op grond van de Krankzinnigenwet.²³ Het betreft beschikkingen over de vordering of machtiging tot plaatsing, opname of verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis,²⁴ over de voortzetting van het verblijf in²⁵ of over verzoeken om ontslag uit de psychiatrische inrichting.²⁶ In vrijwel al deze beschikkingen gebruikt de Hoge Raad de formulering uit de beschikking van december 1983: ‘mede gezien art. 5 EVRM’²⁷ of woorden van gelijke strekking zoals ‘in verband met art. 5 EVRM’,²⁸ of ‘tegen de achtergrond van art. 5 EVRM’.²⁹

Afronding

Uit de analyse van de beide beschikkingen uit 1983 blijkt dat niet alleen uit de onderbouwing van het oordeel maar vooral uit de consequenties van een rechterlijke uitspraak kan worden opgemaakt of de rechter het toetsingsartikel van toepassing acht, of in andere woorden, positief antwoordt op de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepa-

²² De Boer 1986, p. 276.

²³ In 1994 treedt de opvolger van de Krankzinnigenwet, de Wet BOPZ in werking.

²⁴ Artikel 17 Krankzinnigenwet.

²⁵ Artikel 23 Krankzinnigenwet.

²⁶ Artikel 29 Krankzinnigenwet.

²⁷ HR 4 januari 1985, *NJ* 1985, 336; HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 665; HR 7 juni 1985, *NJ* 1985, 718; HR 7 juni 1985, *NJ* 1985, 753; HR 27 juni 1986, *NJ* 1986, 781; HR 22 augustus 1986, *NJ* 1987, 22; HR 13 maart 1987, *NJ* 1987, 586; HR 12 februari 1988, *NJ* 1988 488; HR 15 juli 1988, *NJ* 1988, 1019; HR 24 augustus 1988, *NJ* 1988, 1036; HR 14 oktober 1988, *NJ* 1989, 76; HR 28 april 1989, *NJ* 1989, 611.

²⁸ HR 8 juli 1985, *NJ* 1985, 853.

²⁹ HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 245.

ling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. Het antwoord van de rechter op de derde vraag kan negatief lijken of niet expliciet aan de orde worden gesteld zonder dat de gevolgen van het oordeel van de rechter anders zijn dan bij een expliciet uitgesproken positief antwoord op de derde analysevraag. Om te achterhalen hoe de rechter zijn bevoegdheid bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht invult, is het van groot belang rechterlijke uitspraken zorgvuldig te analyseren. Niet alleen de tekst van de uitspraak maar veel meer het resultaat en de consequenties van de uitspraak geven aan hoe de rechter de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht waarborgt.

De beschikkingen van de Hoge Raad over de toegang tot de rechter bij de vordering tot opname of voortzetting van het verblijf in of het verzoek om ontslag uit een psychiatrische instelling kunnen consequent worden genoemd. Hoewel de beschikking van juli 1983 voor wat betreft de tekst van de motivering op zichzelf staand kan worden genoemd, wijkt de strekking van deze beschikking niet af van de latere beschikkingen. De consequentie van alle beschikkingen is gelijk. Aan een psychiatrische patiënt mag bij beslissingen over de opname en over de voortzetting of beëindiging van zijn verblijf in een psychiatrische instelling de toegang tot de rechter niet worden ontzegd.

Met het resultaat van deze beschikkingen waarborgt de Hoge Raad de rechten van partijen zoals deze door het internationale recht en de internationale rechtspraak worden beschermd. In de beschikking van juli 1983 geeft de Hoge Raad door de formulering van zijn motivering een helder signaal aan de wetgever over de verenigbaarheid van het nationale recht met de van toepassing zijnde verdragsbepalingen. In de latere beschikkingen laat de Hoge Raad zich genuanceerder uit over de verenigbaarheid van het nationale recht met de bepalingen van het EVRM. De woorden van de latere beschikkingen stralen een meer terughoudende opstelling van de rechter ten opzichte van de wetgever uit. Dit doet echter niet af aan het feit dat uit het resultaat van de beschikkingen blijkt, dat de nationale

Artikel 94 Grondwet toegepast

bepalingen niet voldoen aan de eisen die het internationale recht aan Nederland stelt.

5.2.2 Het recht op toegang tot de rechter in de Wet BOPZ

Op 17 januari 1994 wordt de Krankzinnigenwet vervangen door de Wet BOPZ. Nog in 1994 wordt aan de Hoge Raad een beschikking voorgelegd waarin de nieuwe wet is toegepast. In geding is de door de rechtbank gevolgde procedure na de vordering van de officier van justitie om de verzoekster op te nemen en te laten verblijven in een psychiatrisch ziekenhuis. De rechtbank heeft haar beslissing mede gegrond op informatie uit politierapporten. Uit de beschikking blijkt echter niet dat ook de raadsman van verzoekster voldoende gelegenheid heeft gehad de politierapporten in te zien en zijn mening daarover te uiten tegenover de rechtbank. Het gevolg hiervan is, dat de beschikking:

... tot stand gekomen [is] in strijd met de mede in verband met het bepaalde in art. 5 EVRM te dezen in acht te nemen beginselen van een behoorlijke procesvoering, zoals die ook tot uiting komen in art. 8 lid 8 BOPZ.³⁰

Hoewel de formulering grote gelijkenis vertoont met de formulering van de beschikking van 8 juli 1985, *NJ* 1985, 853, is het oordeel van de Hoge Raad over de verenigbaarheid van de toepassing van de nationale bepaling met de verdragsbepaling anders. Dit ligt besloten in de toevoeging dat de in verband met artikel 5 EVRM in acht te nemen beginselen “ook tot uiting komen in artikel 8 lid 8 BOPZ”. Artikel 8 lid 8 Wet BOPZ bepaalt dat de betrokkene of zijn raadsman de gelegenheid moet hebben zijn zienswijze kenbaar te maken over verklaringen en mededelingen van anderen, die zijn afgelegd zonder dat de betrokkene aanwezig was.³¹ Het feit

³⁰ HR 16 september 1994, *NJ* 1995, 7, r.o. 3.2; zie ook HR 2 december 2005, *NJ* 2006, 119.

³¹ Artikel 8 lid 8 Wet BOPZ luidde ten tijde van het geven van deze beschikking: De betrokkene of zijn raadsman wordt in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze kenbaar te maken naar aanleiding van de mededelingen en verklaringen van de personen, bedoeld in het vierde, vijfde en zesde lid.

dat uit de beschikking niet blijkt dat de raadsman de gelegenheid heeft gehad aan de rechtbank zijn mening te uiten over de politierapporten, betekent niet alleen dat er een inbreuk is op artikel 5 EVRM, maar ook dat artikel 8 Wet BOPZ niet is nageleefd. Als artikel 8 lid 8 Wet BOPZ juist zou zijn toegepast, dan zou ook artikel 5 EVRM niet zijn geschonden. Het antwoord op de derde analysevraag is negatief. De toepassing van deze bepaling van de Wet BOPZ is niet onverenigbaar met de EVRM-bepaling.

Ook in een beschikking uit 2005 blijkt de Wet BOPZ te voldoen aan de eisen die artikel 5 EVRM stelt. In deze beschikking heeft de rechtbank “ondanks de uitdrukkelijke mededeling van de raadsvrouw dat verzoeker wil worden gehoord, hem daartoe niet meer in de gelegenheid gesteld”.³² Uit de besproken jurisprudentie over de Krankzinnigenwet is bekend dat het niet horen van een betrokkene een schending van artikel 5 EVRM oplevert. Onder de Wet BOPZ wordt, in het geval betrokkene niet wordt gehoord, voorbijgegaan aan artikel 8 lid 1 van deze wet. Ook in deze beschikking gaat de onjuiste toepassing van de nationale bepaling hand in hand met een schending van de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. In deze beide beschikkingen onder het regime van de Wet BOPZ is het antwoord op de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de verdragsbepaling, negatief.

Afronding

In de Wet BOPZ is de toegang tot de rechter bij de beslissingen over de opname en over de voortzetting of de beëindiging van het verblijf van een patiënt in een psychiatrisch ziekenhuis zodanig verankerd dat de toepassing van de nationale bepalingen verenigbaar is met artikel 5 EVRM. De bescherming die de Wet BOPZ aan burgers biedt, voldoet aan de eisen die het internationale recht stelt.

³² HR 2 december 2005, *NJ* 2006, 119, r.o. 3.3-3.4.

5.3 Gelijke behandeling in het sociaalzekerheidsrecht

Op 16 december 1966 werden in New York onder de vlag van de Verenigde Naties twee mensenrechtenverdragen gesloten: het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR). Nederland heeft beide verdragen op 25 juni 1969 ondertekend en op 11 december 1978 geratificeerd, waarna het IVBPR en het IVESCR op 11 maart 1979 in Nederland in werking zijn getreden.³³

Het IVBPR bevat drie artikelen die een discriminatieverbod codificeren. Artikel 2 IVBPR verplicht elke bij het verdrag aangesloten staat om de in het IVBPR erkende rechten te waarborgen zonder onderscheid van welke aard dan ook. Artikel 3 IVBPR legt aan alle staten die partij zijn bij het verdrag, de verplichting op om zonder onderscheid tussen vrouwen en mannen de door het IVBPR gewaarborgde rechten te verzekeren. Artikel 26 IVBPR bevat een algemeen discriminatieverbod dat niet uitsluitend ziet op de rechten die het IVBPR beschermt. In artikel 26 IVBPR is een niet-limitatieve opsomming van gronden opgenomen waarop niet mag worden gediscrimineerd.³⁴ De artikelen 2 en 3 IVBPR zijn beide onzelfstandige bepalingen die zich beperken tot de in het IVBPR gecodificeerde rechten. Artikel 26 IVBPR is daarentegen een zelfstandige bepaling die ook ziet op niet door het IVBPR beschermde rechten.³⁵ Anders dan bij het EVRM beriepen burgers zich al betrekkelijk snel na de inwerkingtreding van het IVBPR in 1979 op een schending van artikel 26 IVBPR bij de toepassing van nationale bepalingen van onder andere socialezekerheidswetten.

³³ *Trib.* 1978, 177.

³⁴ Artikel 26 IVBPR luidt in de Nederlandse vertaling: Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status.

³⁵ Piso 1998, p. 169-170.

5.3.1 Het onderscheid naar geslacht

In april 1981 oordeelt de Centrale Raad van Beroep (CRvB) over een verzoek van een vrouw om in aanmerking te komen voor een uitkering op grond van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW).³⁶ De vrouw werkte in de slagerij van haar echtgenoot. Als gevolg van een verkeersongeluk is zij vanaf 1972 niet meer in staat haar werkzaamheden uit te voeren. De bedrijfsvereniging heeft haar verzoek om een uitkering afgewezen en de raad van beroep, de rechter in eerste aanleg, heeft het beroep van de vrouw tegen deze afwijzing ongegrond verklaard. De CRvB oordeelt dat de raad van beroep de nationale bepalingen over de toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering aan vrouwen juist heeft toegepast. De vrouw heeft op grond van de nationale bepaling geen recht op een uitkering. Aansluitend overweegt de CRvB:

Evenmin is er thans naar het oordeel van de Raad enige bepaling van internationaal of supranationaal recht van kracht die kan voeren tot het door eiseres gewenste resultaat.³⁷

De CRvB noemt artikel 26 IVBPR niet, hoewel dit artikel op het moment van de uitspraak al ruim twee jaar van kracht is in Nederland. Het oordeel in dit geschil zou er niet door zijn gewijzigd, omdat het bestreden besluit enige jaren voor de inwerkingtreding van artikel 26 IVBPR in Nederland is genomen. Desalniettemin mag het opvallend worden genoemd dat de CRvB niet verwijst naar het IVBPR of het IVESCR, maar expliciet zegt dat *thans* geen bepaling van internationaal recht op het gebied van de gelijke behandeling van kracht is.³⁸ De CRvB overweegt aansluitend ten

³⁶ De AAW stelt voor de toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering eisen aan gehuwde vrouwen, die aan gehuwde mannen niet worden gesteld.

³⁷ CRvB 28 april 1981, RSV 1981, 198; AB 1981, 457, m.nt. J.H. Smits, onder II.

³⁸ De ARRS lijkt zich al vóór 1980 anders op te stellen tegenover artikel 26 IVBPR. In een uitspraak over de weigering van het college van burgemeester en wethouders van Haarlem om een vrouwelijke inwoner als woningzoekende te registreren overweegt de Voorzitter van de Afdeling: “Hoewel Nederland tot op heden voornoemde verdragen (IVESCR en IVBPR – JdW) niet heeft geratificeerd zijn Wij van oordeel dat naar de thans in Nederland gangbare rechtsopvatting door overheidsorganen bij de vaststelling van richtlijnen ter uitvoering van wettelijke regelingen aan een burger geen beletsel enkel op grond van zijn of haar sexe mag worden

Artikel 94 Grondwet toegepast

overvloede dat er sinds 1978 een richtlijn is van de Raad van de Europese Gemeenschappen over het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid.³⁹ De implementatietermijn van deze richtlijn is zes jaar. De toetsing of Nederlandse maatregelen met de richtlijn overeenstemmen, kan pas plaatsvinden na het verlopen van de implementatietermijn. De richtlijn kan, aldus de CRvB, “voordien geen enkel gevolg hebben dat door de Raad in aanmerking kan worden genomen”.⁴⁰

Ruim twee jaar later, in een uitspraak van augustus 1983, is het wellicht nog opvallender dat zowel de rechter in eerste aanleg, de Raad van Beroep Amsterdam, als de CRvB in hoger beroep niet verwijst naar artikel 26 IVBPR.⁴¹ De raad van beroep heeft overwogen dat een bepaling van de AAW in strijd moet worden geacht met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, zoals bedoeld in genoemde Europese richtlijn. De raad van beroep geeft echter aan dat hij nog niet kan toetsen aan de richtlijn, omdat de implementatietermijn van de richtlijn nog niet is verstreken. Het zou voor de hand hebben gelegen als de raad van beroep aansluitend de nationale bepaling zou hebben getoetst aan artikel 26 IVBPR. Deze bepaling is immers al in 1979 in werking getreden. De raad van beroep betreft artikel 26 IVBPR echter niet in zijn overwegingen. Ook de CRvB verwijst in zijn oordeel niet naar artikel 26 IVBPR.

Enige maanden later, in november 1983, spreekt de CRvB zich opnieuw uit over twee geschillen waarin de vraag voorligt of onderscheid naar geslacht mag worden gemaakt bij de toekenning van een sociale-

teggeworpen. Gezien het vorenstaande moet geoordeeld worden, dat verzoekster door het bestreden besluit onevenredig in haar belang wordt getroffen.”, ARRS (vz.) 19 oktober 1978, *Gst.* 6551, p. 154.

³⁹ Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *Publicatieblad* nr. L 006 van 10/01/1979.

⁴⁰ CRvB 28 april 1981, *RSV* 1981, 198; *AB* 1981, 457, m.nt. J.H. Smits, onder II.

⁴¹ CRvB 17 augustus 1983, *RSV* 1983, 209, m.nt. W.M. Levelt-Overmars.

zekerheidsuitkering.⁴² In de zaak over de Wet Werkloosheidsvoorziening (WWV) gaat het om de vraag of voor de toekenning van een werkloosheidsuitkering aanvullende eisen mogen worden gesteld aan gehuwde vrouwen, die aan gehuwde mannen niet worden gesteld. In het geschil over de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW) speelt de vraag of het exclusieve recht van weduwen, en derhalve de uitsluiting van weduwnaars, op een AWW-pensioen is gerechtvaardigd. De verzoekende partijen hebben zich in alle zaken onder andere beroepen op een schending van het gelijkheidsbeginsel zoals gecodificeerd in artikel 26 IVBPR.

De CRvB oordeelt dat uit de bewoordingen van de artikelen 2 en 26 IVBPR blijkt dat artikel 26 IVBPR niet slechts van toepassing is op de burger- en politieke rechten van het IVBPR, maar een ruimer toepassingsgebied heeft. Dit oordeel maakt de vraag of het sociaalzekerheidsrecht valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR zinvol. Ter beantwoording van deze vraag overweegt de CRvB dat de betrokken staten bij de totstandkoming van het IVBPR en IVESCR aanvankelijk het plan hadden alle rechten op te nemen in één verdrag. Deze opzet is verlaten omdat, “economische, sociale en culturele rechten – in tegenstelling tot burgerrechten en politieke rechten – in het algemeen slechts geleidelijk door middel van wetgeving en andere uitvoeringsmaatregelen kunnen worden verwezenlijkt”. Aansluitend overweegt de CRvB dat:

Ook in sociale zekerheidsregelingen voorkomende, met bestaande maatschappelijke structuren samenhangende en mogelijk als discriminatoir aan te merken onderscheidingscriteria [...] doorgaans slechts door middel van geleidelijke maatregelen [kunnen] worden opgeheven. [...]

⁴² Deze twee zaken zijn gevoegd met twee zaken waarin bepalingen uit de AAW in het geding zijn. In het ene AAW-geschil is de vraag aan de orde of bij het vaststellen van de hoogte van een arbeidsongeschiktheidsuitkering onderscheid mag worden gemaakt tussen ongehuwd en gehuwd samenwonende partners. De CRvB gebruikt de begrippen ‘in concubinaat leven’ en ‘concubinaatsverhouding’. In de andere AAW-zaak gaat het om de vraag of het geoorloofd is om bij de toekenning van een arbeidsongeschiktheidsuitkering onderscheid te maken tussen vrouwen die recht hebben op een weduwepensioen en vrouwen die dit recht niet hebben.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Op grond van het vorenstaande moet met betrekking tot een sociaal zekerheidsrecht als hier in geding aan artikel 26 van het B.P.-Verdrag betekenis worden ontzegd.⁴³

Het beroep op een schending van artikel 26 IVBPR slaagt niet, omdat de CRvB oordeelt dat het sociaalzekerheidsrecht niet valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR. De CRvB beantwoordt de tweede analysevraag – Valt het geschil onder de reikwijdte van de ingeroepen een ieder verbindende verdragsbepaling? – negatief. De CRvB laat zich niet expliciet uit over de eerste analysevraag, de vraag of de ingeroepen verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is. Echter, door het aan de orde stellen van de tweede analysevraag lijkt de CRvB de eerste analysevraag impliciet positief te hebben beantwoord. Het negatieve antwoord op de tweede analysevraag leidt ertoe dat de CRvB de beroepen ongegrond verklaart.⁴⁴ De toepassing van de nationale bepalingen is niet onverenigbaar met artikel 26 IVBPR.

Twee van de vier verzoekers die in november 1983 door de CRvB in het ongelijk zijn gesteld, maken gebruik van het individueel klachtrecht dat is opgenomen in het Facultatief Protocol bij het IVBPR.⁴⁵ Het Facultatief Protocol is door Nederland geratificeerd en tegelijkertijd met het IVBPR in werking getreden. Nederlandse burgers die menen dat de Nederlandse staat jegens hen een van de door het IVBPR beschermde rechten heeft geschonden, kunnen zich, nadat zij alle nationale rechtsmiddelen hebben uitgeput,⁴⁶ wenden tot het Comité voor de rechten van de mens. Het Comité neemt onder bepaalde voorwaarden de klacht in behandeling en maakt na het onderzoek zijn inzichten bekend aan de staat en aan de kla-

⁴³ CRvB 1 november 1983, RSV 1984, 147, m.nt. W.M. Levelt-Overmars onder RSV 1984, 150, p. 348 r.k.-349 l.k.

⁴⁴ CRvB 1 november 1983, RSV 1984, 147-150, m.nt. W.M. Levelt-Overmars.

⁴⁵ Piso 1998, p. 169.

⁴⁶ Artikel 2 Facultatief Protocol IVBPR.

gende burger.⁴⁷ De inzichten van het Comité zijn niet bindend, maar worden wel als gezaghebbend beschouwd.⁴⁸

Beide klagers stellen zich op het standpunt dat de Nederlandse staat jegens hen artikel 26 IVBPR heeft geschonden. De klagers menen dat voor het maken van onderscheid tussen respectievelijk vrouwen en mannen en ongehuwd en gehuwd samenwonende partners bij het toekennen of het vaststellen van de hoogte van een socialezekerheidsuitkering geen objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Het Comité buigt zich na het ontvankelijk verklaren van beide klachten inhoudelijk over de zaken. Op 9 april 1987 maakt het Comité zijn inzichten bekend.

Het Comité heeft een andere zienswijze dan de CRvB over de toepasselijkheid van artikel 26 IVBPR op deze geschillen. Het Comité acht artikel 26 IVBPR wel van toepassing. In andere woorden, het Comité beantwoordt, in tegenstelling tot de CRvB, de tweede analysevraag positief. De geschillen vallen, aldus het Comité, onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR.⁴⁹

Het antwoord van het Comité op de derde analysevraag, of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR, is in de zaak over het maken van onderscheid naar geslacht bij de toekenning van een werkloosheidsuitkering positief. Het bij de toekenning van een werkloosheidsuitkering stellen van aanvullende eisen aan gehuwde vrouwen die niet aan gehuwde mannen worden gesteld, is niet gebaseerd op objectieve en redelijke criteria en levert derhalve een schending van artikel 26 IVBPR op.⁵⁰ De toepassing van de nationale bepaling is niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR.⁵¹

⁴⁷ Artikel 5 Facultatief Protocol IVBPR.

⁴⁸ Piso 1998, p. 168; Van der Pot 2006, p. 270.

⁴⁹ CRM 9 april 1987, RSV 1987, 245, m.nt. W.M. Levelt-Overmars onder RSV 1987, 246, r.o. 12.1 (*Broeks/Nederland*); CRM 9 april 1987, RSV 1988, 201, r.o. 12.1 (*Danning/Nederland*).

⁵⁰ CRM 9 april 1987, RSV 1987, 245, m.nt. W.M. Levelt-Overmars onder RSV 1987, 246, r.o. 14 (*Broeks/Nederland*).

⁵¹ Het antwoord van het CRM op de derde analysevraag in de andere zaak wordt besproken in par. 5.3.2, omdat dit een zaak betreft waarin het onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonende paren aan de orde is.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Ruim een maand nadat het Comité voor de rechten van de mens zijn inzichten heeft bekendgemaakt, oordeelt de CRvB opnieuw over de vraag of de toepassing van een nationale bepaling van een socialezekerheidswet niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. Het geschil waar de CRvB zich op 14 mei 1987 over uitspreekt, spitst zich toe op de vraag of bij het vaststellen van het recht op een uitkering op grond van de Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers 1940-1945 (Wuv) onderscheid naar geslacht mag worden gemaakt. De CRvB beantwoordt de tweede analysevraag, of het geschil valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR, zonder verwijzing naar de inzichten van het Comité van 9 april 1987,⁵² positief.

De Raad is van oordeel dat, mede gelet op art. 2 BP-Verdrag, art. 26 daarvan ook van toepassing is op een regeling als is neergelegd in de Wet.⁵³

Uit de rechtsoverwegingen van de CRvB is niet op te maken, waarom hij nu oordeelt dat het sociaalzekerheidsrecht wel onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR valt, terwijl hij vier jaar eerder expliciet heeft uitgesproken dat aan artikel 26 IVBPR betekenis moet worden onttrokken op het gebied van het sociaalzekerheidsrecht.

Ook de derde analysevraag, of de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR, wordt direct aansluitend, zonder nadere motivering, in één zin positief beantwoord.

De Raad moet dan ook constateren dat het bepaalde in art. 7, vierde lid, en in art. 34, tweede lid, aanhef en onder a, van de wet strijd oplevert met het bepaalde in art. 26 van het BP-Verdrag.⁵⁴

Aansluitend stelt de CRvB zich de vraag of artikel 26 IVBPR rechtstreekse werking heeft. De CRvB gebruikt het begrip rechtstreekse werking als

⁵² Annotator Levelt-Overmars acht het aannemelijk dat de uitspraak van het CRM nog niet bekend was bij de CRvB, ook omdat de zitting van de CRvB heeft plaatsgevonden voor de uitspraak van het CRM, CRvB 14 mei 1987, *RSV* 1987, 246, m.nt. W.M. Levelt-Overmars, noot onder 5.

⁵³ CRvB 14 mei 1987, *RSV* 1987, 246, m.nt. W.M. Levelt-Overmars; *AB* 1987, 543, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, onder II.

⁵⁴ CRvB 14 mei 1987, *RSV* 1987, 246, m.nt. W.M. Levelt-Overmars; *AB* 1987, 543, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, onder II.

synoniem voor ‘naar haar inhoud een ieder verbindend’.⁵⁵ De CRvB gaat na het positieve antwoord op de tweede en derde analysevraag eigenlijk terug naar de eerste analysevraag of de ingeroepen verdragsbepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is. De CRvB oordeelt dat artikel 26 IVBPR rechtstreekse werking heeft of naar haar inhoud een ieder verbindend is. Echter, omdat discriminatie in nationale wetgeving slechts geleidelijk kan worden opgeheven, mag bij de toepassing van het sociaalzekerheidsrecht tot 23 december 1984 verbindende kracht aan artikel 26 IVBPR worden ontzegd.

Eerder heeft de Raad, in een andere context, uitgesproken dat wanneer in de nationale wetgeving sprake is van discriminatie deze in sommige situaties slechts geleidelijk kan worden opgeheven in welk verband de Raad verwezen heeft naar de uitvoeringstermijn van de Richtlijn van de Raad van de EG (79/7/EEG) d.d. 19 dec. 1978, betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (derde EG-richtlijn).

Dit geldt ook voor de Wet, waarin een regeling met langlopende uitkeringen is neergelegd.

Hoewel de Raad oog heeft voor de problemen, waarvoor de verantwoordelijke minister [...] zich ziet gesteld bij het doen van voorstellen tot het in overeenstemming brengen van een regeling als de Wet (Wuv – JdW) met art. 26 BP-Verdrag, is de Raad van oordeel dat op 23 dec. 1984 – de datum waarop de uitvoeringstermijn van de derde EG-richtlijn was geëindigd – een tijdstip was bereikt, waarop aan genoemd art. 26 ook met betrekking tot het onderhavige terrein rechtstreekse werking niet meer kan worden ontzegd.⁵⁶

Naar mijn mening past de CRvB met dit oordeel artikel 93 van de Grondwet onjuist toe en deze onjuiste toepassing van artikel 93 van de Grondwet heeft tot gevolg dat de CRvB niet toekomt aan het toepassen van artikel 94 van de Grondwet. Volgens artikel 93 van de Grondwet hebben een ieder verbindende bepalingen van verdragen verbindende kracht

⁵⁵ CRvB 3 juli 1986, *AB* 1987, 299, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, noot onder 1a.

⁵⁶ CRvB 14 mei 1987, *RSV* 1987, 246, m.nt. W.M. Levelt-Overmars; *AB* 1987, 543, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, onder II.

Artikel 94 Grondwet toegepast

nadat zij zijn bekendgemaakt. Artikel 93 van de Grondwet geeft de rechter niet de bevoegdheid om bekendgemaakte een ieder verbindende verdragsbepalingen pas na het verstrijken van een door de rechter te bepalen termijn verbindende kracht te geven. In ons land bepaalt niet de rechter, maar de wetgever door zijn keuze van het moment van bekendmaking en inwerkingtreding wanneer verdragsbepalingen verbindende kracht krijgen. Na de ratificatie op 11 december 1978 heeft de wetgever de datum van inwerkingtreding bepaald op 11 maart 1979. De een ieder verbindende bepalingen van het IVBPR hebben derhalve vanaf 11 maart 1979 verbindende kracht in Nederland. Het feit dat Nederland het IVBPR al op 25 juni 1969 heeft ondertekend, maakt het door de CRvB nog ruim vijf jaar vertragen van de verbindende kracht van artikel 26 IVBPR naar mijn mening nog opvallender. De wetgever heeft sinds de ondertekening van het IVBPR in 1969 ruim tien jaar de mogelijkheid gehad om door wetwijzigingen een einde te maken aan de discriminatie in de nationale wetgeving. De CRvB flatteert door een onjuiste toepassing van de Grondwet als het ware het stilzitten van de wetgever⁵⁷ en heeft daardoor de bescherming van de rechten van burgers veronachtzaamd. Door het oordeel verlengt de CRvB de periode dat Nederland niet voldoet aan de eisen die het internationale recht aan ons land stelt. De CRvB laat naar mijn mening door zijn terughoudende opstelling het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht teveel alleen aan de wetgever.

Uit de geciteerde rechtsoverweging blijkt dat de oorzaak van de onjuiste toepassing van artikel 93 van de Grondwet ligt in het feit dat de CRvB artikel 26 IVBPR als het ware onderdeel maakt van het EG-recht. De CRvB koppelt de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR aan de rechtstreekse werking van de Richtlijn van de Raad van de EG (79/7/EEG) d.d. 19 dec. 1978, betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (derde EG-richtlijn). Omdat de derde EG-richtlijn pas rechtstreekse werking kan krijgen op 23 december

⁵⁷ CRvB 5 januari 1988, *RSV* 1988, 200, m.nt. S. Feenstra, noot onder 9.

1984, na het verstrijken van de uitvoeringstermijn, geldt dit, aldus de CRvB, ook voor de verbindende kracht van artikel 26 IVBPR.

Als de CRvB artikel 93 van de Grondwet juist zou hebben toegepast, zou hij in dit geschil aan artikel 26 IVBPR verbindende kracht hebben toegekend. De klagster zou dan waarschijnlijk in haar rechten zijn beschermd, omdat de CRvB in zijn eerdere overwegingen al heeft geoordeeld dat de toepassing van de nationale bepalingen niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR.

Twee en vijf jaar later wordt de CRvB opnieuw geroepen zich uit te spreken over de vraag of de toepassing van een bepaling van de Wuv ongerechtvaardigd onderscheid maakt tussen vrouwen en mannen en daarom niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR.⁵⁸ De CRvB herhaalt zijn motivering uit de hierboven beschreven uitspraak.⁵⁹ Omdat in de uitspraak van mei 1989 de bestreden beslissing ziet op een periode die ligt na 23 december 1984, het tijdstip waarop aan artikel 26 IVBPR rechtstreekse werking niet meer kan worden ontzegd:

... komt de Raad tot de slotsom dat het bepaalde in art. 36 van de wet (Wuv – JdW) in casu geen toepassing kan vinden en dat klagster [...] aanspraak op betaling van haar periodieke uitkering ingevolge de wet heeft overeenkomstig de aanspraak die een man onder gelijke omstandigheden aan de wet ontleent.⁶⁰

Met deze twee uitspraken bevestigt de CRvB de lijn die hij in 1987 heeft ingezet. Ook handhaaft de CRvB de onjuiste toepassing van artikel 93 van de Grondwet door het uitstellen van het toekennen van verbindende kracht aan artikel 26 IVBPR.⁶¹ Ook de inzichten van het Comité voor de

⁵⁸ CRvB 25 mei 1989, RSV 1989, 275; CRvB 9 januari 1992, RSV 1992, 282; AB 1992, 344.

⁵⁹ CRvB 14 mei 1987, RSV 1987, 246, m.nt. W.M. Levelt-Overmars; AB 1987, 543, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

⁶⁰ CRvB 25 mei 1989, RSV 1989, 275, onder II.

⁶¹ Ook in CRvB 20 april 1989, RSV 1989, 271 verwijst de CRvB naar zijn uitspraak van 14 mei 1987, RSV 1987, 246, m.nt. W.M. Levelt-Overmars; AB 1987, 543, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, voor wat betreft de datum waarop aan artikel 26 IVBPR rechtstreekse werking moet worden toegekend.

Artikel 94 Grondwet toegepast

rechten van de mens hebben niet geleid tot een wijziging in het standpunt van de CRvB over de datum waarop aan artikel 26 IVBPR verbindende kracht toekomt.⁶²

In januari 1988, dus enige maanden na de eerste uitspraak van de CRvB over de Wuv, doet de CRvB uitspraak in zes geschillen over de ongelijke behandeling van gehuwde vrouwen en mannen bij de verkrijging van het recht op een AAW-uitkering.⁶³ Ondanks de op 1 januari 1980 in werking getreden Wet invoering gelijke uitkeringsrechten voor mannen en vrouwen⁶⁴ worden bij de vaststelling van het recht op een AAW-uitkering aan gehuwde vrouwen eisen gesteld, die aan gehuwde mannen niet worden gesteld. In alle geschillen ligt de vraag voor of het gemaakte onderscheid op basis van geslacht moet worden gekwalificeerd als discriminatie in de zin van artikel 26 IVBPR. Er is, aldus het Comité voor de rechten van de mens, geen sprake van discriminatie als voor het gemaakte onderscheid redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden bestaan en het beoogde doel legitiem is onder het IVBPR.⁶⁵

De CRvB past artikel 93 van de Grondwet opnieuw niet juist toe door de verbindende kracht van artikel 26 IVBPR in relatie tot de toepassing van de AAW te bepalen op een latere datum dan de inwerkingtredingsdatum van het IVBPR in Nederland. In de uitspraken van 5 januari 1988 bepaalt de CRvB dat artikel 26 IVBPR verbindende kracht heeft:

... van het tijdstip af, waarop naar de kennelijke bedoeling van de wetgever de AAW-wetgeving met dat artikel in overeenstemming is gebracht, te weten 1 jan. 1980 [...]⁶⁶

⁶² CRvB 14 mei 1987, *RSV* 1987, 246, m.nt. W.M. Levelt-Overmars, noot onder 8.

⁶³ CRvB 5 januari 1988, *RSV* 1988, 104 en 198-200, m.nt. S. Feenstra; *AB* 1988, 252-254, m.nt. J.H. Smits. De overige twee uitspraken zijn niet gepubliceerd.

⁶⁴ Wet van 20 december 1979, *Stb.* 1979, 708 houdende nadere wijziging van de AAW, de WAO en de ZW (Wet invoering gelijke uitkeringsrechten voor mannen en vrouwen).

⁶⁵ *Piso* 1998, p. 171-172.

⁶⁶ CRvB 5 januari 1988, *RSV* 1988, 104 en 198-200, m.nt. S. Feenstra; *AB* 1988, 252-254, m.nt. J.H. Smits, onder II.

De CRvB kiest een andere datum dan in de uitspraken over de Wuv-uitkeringen. Niet het verstrijken van de uitvoeringstermijn van de derde EG-Richtlijn is bepalend, maar de datum van inwerkingtreding van de nieuwe AAW-wetgeving, omdat de wetgever met deze nieuwe wetgeving heeft beoogd de onverenigbaarheid met artikel 26 IVBPR op te heffen.

In deze geschillen heeft de onjuiste toepassing van artikel 93 van de Grondwet geen nadelige gevolgen voor de klaagsters, omdat de voor deze geschillen relevante gebeurtenissen vallen onder het regime van de nieuwe AAW-wetgeving. Dit heeft tot gevolg dat de CRvB de eerste analysevraag positief beantwoordt. Artikel 26 IVBPR is naar haar inhoud een ieder verbindend en heeft in deze geschillen verbindende kracht. Ook de tweede analysevraag beantwoordt de CRvB positief. De geschillen vallen onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR. Ook de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR, beantwoordt de CRvB positief. Volgens de CRvB is noch in de bewoordingen, noch in de geschiedenis van de totstandkoming van de wetten een redelijke en objectieve rechtvaardigingsgrond voor de ongelijke behandeling van gehuwde vrouwen tegenover gehuwde mannen te vinden. De CRvB sluit met dit oordeel, zonder dit in zijn overwegingen te noemen, aan bij de inzichten van het Comité voor de rechten van de mens in de Broekszaak.⁶⁷ De CRvB geeft in zijn overwegingen wel expliciet aan dat hij met dit oordeel afwijkt van de mening van de wetgever. De wetgever heeft met de Wet invoering gelijke uitkeringsrechten voor mannen en vrouwen beoogd de in de AAW voorkomende gevallen van discriminatie weg te nemen. Nu door de wetgever de in het geding zijnde ongelijke behandeling is gehandhaafd, achtte de wetgever, aldus de CRvB, deze ongelijke behandeling kennelijk niet onverenigbaar met artikel 26 IVBPR. De mening van de wetgever dat deze ongelijke behandeling geen discriminatie vormt in de zin van artikel 26 IVBPR, wordt nog onderstreept door het feit dat:

⁶⁷ CRM 9 april 1987, RSV 1987, 245, m.nt. W.M. Levelt-Overmars onder RSV 1987, 246 (*Broeks/Nederland*).

Artikel 94 Grondwet toegepast

... bedoelde resterende ongelijke behandeling ook later niet door wetswijziging te niet is gedaan.⁶⁸

Met deze rechtsoverweging geeft de CRvB aan dat een terughoudende opstelling ten opzichte van de wetgever geen effect zal hebben. Als de wetgever de nationale bepaling niet onverenigbaar acht met artikel 26 IVBPR, dan is het niet zinvol om de wetgever een termijn te gunnen om de onverenigbaarheid van de nationale bepalingen met artikel 26 IVBPR door een wetswijziging ongedaan te maken.

Dit noopt de CRvB ertoe de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR zelf te beëindigen. Door de nationale bepalingen die aan gehuwde vrouwen nadere eisen stellen voor het verkrijgen van het recht op een AAW-uitkering buiten toepassing te laten, beëindigt de CRvB de onverenigbaarheid met artikel 26 IVBPR. Door de toepassing van het overige nationale recht kan worden vastgesteld of de klaagsters recht hebben op een AAW-uitkering.

Aan het einde van hetzelfde jaar, in december 1988, oordeelt de CRvB over de vraag of de AAW die alleen aan weduwen en niet aan weduwnaars het recht op een uitkering of een pensioen toekent, ongeoorloofd onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen.⁶⁹ De CRvB bouwt zijn uitspraak op dezelfde manier op als de uitspraken van mei 1987 en januari 1988. Hij verwijst ook expliciet naar deze uitspraken bij de beantwoording van de vraag of dit geschil valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR:

⁶⁸ CRvB 5 januari 1988, *RSV* 1988, 104 en 198-200, m.nt. S. Feenstra; *AB* 1988, 252-254, m.nt. J.H. Smits, onder II.

⁶⁹ CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989, 67, m.nt. F.W.M. Keunen; *AB* 1989, 10, m.nt. J.H. Smits. Uit de publicatie in *RSV* blijkt dat de CRvB twee zaken gevoegd heeft behandeld. In beide zaken is door de Sociale Verzekeringsbank als rechtsopvolger van de raad van arbeid hoger beroep ingesteld tegen een uitspraak van respectievelijk de Raad van Beroep Rotterdam 11 juni 1987, *RSV* 1987, 247 en de Raad van Beroep Arnhem 18 november 1987, niet gepubliceerd. Beide raden van beroep hebben het besluit van de raad van arbeid waarbij geen pensioen of uitkering was toegekend aan een weduwnaar vernietigd wegens schending van artikel 26 IVBPR.

Overwegingen van eenzelfde inhoud als ten grondslag liggende aan vorenvermelde uitspraken voeren de Raad ook ten aanzien van de AWW tot het oordeel dat art. 26 IVBP betekenis heeft.⁷⁰

Ook de derde analysevraag of de toepassing van de bepalingen van de AWW niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR, beantwoordt de CRvB bevestigend. Aansluitend buigt de CRvB zich, evenals in de genoemde uitspraken over de vraag of artikel 26 IVBPR in casu rechtstreekse werking heeft, waarbij de CRvB in deze uitspraak, anders dan in de uitspraken van mei 1987 en januari 1988, wel verwijst naar de artikelen 93 en 94 van de Grondwet:

... is aan de orde de vraag [...] of dat artikel zgn. rechtstreekse werking heeft en behoort tot de in de art. 93 en 94 Grondwet bedoelde, een ieder verbindende bepalingen.⁷¹

Ook in dit geschil bepaalt de CRvB een tijdstip waarop aan artikel 26 IVBPR rechtstreekse werking moet worden toegekend. Anders dan in de voorgaande uitspraken noemt de CRvB geen nauwkeurige datum, maar oordeelt hij dat de periode waarin de discriminatie geleidelijk kon worden opgeheven “in elk geval ten tijde van het overlijden van de echtgenote van gedaagde (26 september 1986 – JdW) reeds ruimschoots is verstreken”.⁷² Met de annotator deel ik de mening dat dit een tamelijk vage markering is van het moment waarop artikel 26 IVBPR, aldus de CRvB, verbindende kracht heeft gekregen.⁷³ De CRvB volhardt in de onjuiste toepassing van artikel 93 van de Grondwet, waarbij mijns inziens het steeds kiezen van een andere datum waarop aan artikel 26 IVBPR verbindende kracht wordt toegekend, de rechtszekerheid geenszins ten goede komt.⁷⁴

⁷⁰ CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989, 67, m.nt. F.W.M. Keunen; *AB* 1989, 10, m.nt. J.H. Smits, onder II.

⁷¹ CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989, 67, m.nt. F.W.M. Keunen; *AB* 1989, 10, m.nt. J.H. Smits, onder II.

⁷² CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989, 67, m.nt. F.W.M. Keunen; *AB* 1989, 10, m.nt. J.H. Smits, onder II.

⁷³ CRvB 7 december 1988, *AB* 1989, 10, m.nt. J.H. Smits, noot onder 2.

⁷⁴ CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989, 67, m.nt. F.W.M. Keunen, noot onder 2.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Aansluitend gaat de CRvB uitgebreid in op de vierde analysevraag hoe de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR kan worden beëindigd. Eiser, het bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, heeft gesteld dat het beëindigen van de onverenigbaarheid aan de wetgever moet worden gelaten. Eiser heeft hiervoor twee redenen aangevoerd. Het buiten toepassing laten van de nationale bepaling, zoals bedoeld in artikel 94 van de Grondwet, helpt de rechtzoekende niet, daarom kan alleen de wetgever uitkomst bieden. Daarnaast moet de keuze aan de wetgever worden gelaten, omdat er in dit geval verschillende mogelijkheden zijn om de onverenigbaarheid te beëindigen. De CRvB volgt eiser in zijn stelling niet en oordeelt dat:

... gemaakte aanspraken op een pensioen ingevolge de AWW door het bestuursorgaan en door de rechter dienen te worden beoordeeld naar de in de wet neergelegde criteria, doch los van de vraag of de achtergeblevene van de echtelieden de man dan wel de vrouw is.⁷⁵

De CRvB beëindigt de onverenigbaarheid door de reikwijdte van de AWW-bepaling te verruimen. Niet alleen weduwen, maar ook weduwnaars hebben recht op een AWW-uitkering als zij voldoen aan de eisen die de AWW stelt.

Na de uitspraken van de CRvB over de Wuv (14 mei 1987), de AAW (5 januari 1988) en de AWW (7 december 1988) volgt op 10 mei 1989 een uitspraak over de WWV waarin opnieuw de vraag voorligt of het in de WWV gemaakte onderscheid naar geslacht een schending van artikel 26 IVBPR oplevert. In deze uitspraak bevestigt de CRvB zijn eerdere uitspraken waarbij hij als datum dat aan artikel 26 IVBPR niet langer rechtstreekse werking kan worden ontzegd, 23 december 1984 kiest. Dat is het tijdstip waarop de implementatietermijn van de derde EG-richtlijn is verstreken.

In dit geschil is aan de rechtzoekende door de rechter in eerste aanleg aan artikel 26 IVBPR een ieder verbindende kracht toegekend vanaf het

⁷⁵ CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989, 67, m.nt. F.W.M. Keunen; *AB* 1989, 10, m.nt. J.H. Smits, onder II.

moment dat het IVBPR in Nederland in werking trad. De CRvB overweegt in zijn uitspraak:

Die rechter (de Raad van Beroep Utrecht – JdW) heeft daarbij met name overwogen dat de achterliggende vraag of een verdragsbepaling een ieder verbindend is in de zin van artikel 94 van de Grondwet niet afhankelijk is van een overgangstermijn voor de wetgever om de wetgeving met de betreffende verdragsbepaling in overeenstemming te brengen.⁷⁶

De Utrechtse raad van beroep wijkt met dit oordeel af van de lijn van de CRvB over de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR. Mijns inziens past de raad van beroep in deze beschikking artikel 93 van de Grondwet, in tegenstelling tot de CRvB, wel juist toe. Een ieder verbindende bepalingen van verdragen hebben nadat zij zijn bekendgemaakt, verbindende kracht. De CRvB houdt echter vast aan zijn eerdere uitspraken en vernietigt de uitspraak van de Utrechtse raad van beroep.

De afwijkende opstelling van de Raad van Beroep Utrecht over het tijdstip waarop aan artikel 26 IVBPR verbindende kracht moet worden toegekend bij de toepassing van het sociaalzekerheidsrecht, ondersteunt mijn opmerking dat de keuze van de CRvB voor de verschillende data waarop artikel 26 IVBPR bij de toepassing van socialezekerheidswetten verbindende kracht krijgt, de rechtszekerheid niet ten goede komt.

Aan het einde van deze paragraaf vestig ik de aandacht op een aantal uitspraken van de Antilliaanse rechter over het onderscheid naar geslacht. Het betreft uitspraken over de ongelijke bezoldiging van vrouwelijke en mannelijke ambtenaren. Dit zijn geen uitspraken over een socialezekerheidsregeling, maar dit is toch de aangewezen plaats om deze uitspraken te bespreken, omdat het onderscheid naar geslacht centraal staat.

In 1984 oordeelt de ambtenarenrechter van de Nederlandse Antillen dat de ongelijke beloning van vrouwelijke en mannelijke ambtenaren een schending oplevert van artikel 26 IVBPR.⁷⁷ De Raad van Beroep in

⁷⁶ CRvB 10 mei 1989, RSL/1990, 230, onder II.

⁷⁷ Gerecht in ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen 30 augustus 1984, TAR 1984, p. 231.

Artikel 94 Grondwet toegepast

ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen bevestigt in hoger beroep het oordeel van het Gerecht in ambtenarenzaken.⁷⁸ De Raad van Beroep voegt aan zijn oordeel niet alleen toe dat het aan de wetgever is om het verschil in behandeling tussen vrouwen en mannen weg te nemen, maar stelt de wetgever ook op termijn:

Mocht de wetgever de discriminatoire ongelijkheid niet binnen een redelijke termijn oplossen, dan kan een situatie intreden dat de rechter corrigerend zal moeten optreden teneinde aan de strijd met artikel 26 van het Verdrag een eind te maken.⁷⁹

Op 5 mei 1988, ruim drie jaar later, oordeelt de ambtenarenrechter in een zaak die is aangespannen door dezelfde ambtenaar, dat de aan de wetgever gegunde redelijke termijn ruimschoots is overschreden en dat vrouwelijke ambtenaren in vergelijkbare omstandigheden recht hebben op hetzelfde salaris als hun mannelijke collega's.⁸⁰

Afronding

In de jurisprudentie over de invloed van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en in het bijzonder over de invloed van artikel 26 IVBPR op de toepassing van bepalingen van socialezekerheidswetten zijn drie fasen te herkennen.

In de eerste fase, de periode voor november 1983, ontkent de CRvB als het ware dat er in Nederland bepalingen van internationaal of supranationaal recht zijn die in het sociaalzekerheidsrecht betekenis zouden kunnen hebben. De CRvB gaat in deze fase volledig voorbij aan de op 11 maart 1979 in werking getreden verdragen, het IVBPR en het IVESCR. In deze fase wordt door de partijen nog geen beroep gedaan op bepalingen van verdragen en de CRvB kiest niet voor een ambtshalve toetsing aan deze verdragsbepalingen.

⁷⁸ Raad van Beroep in ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen 20 december 1984, 6 *TAR-Justicia* 1985, p. 140.

⁷⁹ Raad van Beroep in ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen 20 december 1984, 6 *TAR-Justicia* 1985, p. 142.

⁸⁰ Gerecht in ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen, 5 mei 1988 nr. 287/87, *JPNA-AR* 1995, p. 111; zie ook Loth 1998, p. 148-149.

Met de vier uitspraken van 1 november 1983 begint de tweede fase waarin de CRvB de invloed van het IVESCR en het IVBPR op het sociaalzekerheidsrecht erkent. Hij marginaliseert de werking van de verdragen door aan artikel 26 IVBPR geen betekenis toe te kennen op het gebied van het sociaalzekerheidsrecht. In deze fase beantwoordt de CRvB de tweede analysevraag negatief, het sociaalzekerheidsrecht valt niet onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR.

In de derde fase die start met de uitspraak van 14 mei 1987, beantwoordt de CRvB de tweede analysevraag niet langer negatief maar positief. Het sociaalzekerheidsrecht valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR. De CRvB bepaalt echter dat artikel 26 IVBPR pas op een later tijdstip dan de inwerkingtredingsdatum verbindende kracht krijgt in het sociaalzekerheidsrecht. Door deze maatregel waarbij de CRvB artikel 93 van de Grondwet onjuist toepast, vertraagt de CRvB de effectieve doorwerking van artikel 26 IVBPR nog enige jaren. De CRvB draagt met deze vertragende maatregel niet bij aan de rechtszekerheid ook omdat hij, afhankelijk van de sociaalzekerheidswet die in geding is, wisselende tijdstippen kiest waarop aan artikel 26 IVBPR verbindende kracht moet worden toegekend. De CRvB verleent als het ware goedkeuring aan het stilzitten van de wetgever en gaat tot 1987 ook voorbij aan de voortschrijdende maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van de waardering van de positie van de vrouw.

De opstelling van de CRvB bij de beëindiging van de onverenigbaarheid van bepalingen in sociaalzekerheidswetten die onderscheid naar geslacht maken met artikel 26 IVBPR, kan in de periode tussen 1979 en 1987 zeer terughoudend worden genoemd.⁸¹ De reden voor deze terughoudende opstelling lijkt gelegen in het feit dat de rechter de vraag hoe de ongelijke behandeling ongedaan moet worden gemaakt, moeilijk kan beantwoorden. Dit vergt rechtspolitieke keuzes en bovendien kunnen de budgettaire gevolgen van bepaalde keuzes niet onaanzienlijk zijn.⁸² De CRvB heeft met zijn terughoudende opstelling de rechten van partijen in het licht van het

⁸¹ Brenninkmeijer 1988, p. 37 r.k., Heringa 1983, p. 206.

⁸² Brenninkmeijer 1988, p. 39 r.k., Heringa 1983, p. 206.

Artikel 94 Grondwet toegepast

internationale recht onvoldoende beschermd. Door het niet beëindigen van de onverenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht is de CRvB mede verantwoordelijk voor het feit dat Nederland niet voldeed aan de eisen van de internationale rechtsorde, waartoe Nederland door het ratificeren van het IVBPR en IVESCR heeft aangegeven te willen behoren. Ook heeft de CRvB tot 1987 het beëindigen van de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht geheel aan de wetgever gelaten.

In 1988 laat de CRvB zijn terughoudendheid in zijn oordelen over het maken van onderscheid naar geslacht varen. In een aantal uitspraken beantwoordt de CRvB de derde analysevraag positief. Hij oordeelt dat de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. Hoewel de CRvB dit niet zegt, zouden de inzichten van het Comité voor de rechten van de mens kunnen hebben bijgedragen aan de veranderde opstelling van de CRvB.

In de uitspraken van 5 januari 1988 valt op dat de CRvB de wetgever in casu wel aanrekent, dat hij de ongelijke behandeling nog niet heeft opgeheven door nieuwe aanvullende wetgeving. Dit is in het licht van het feit dat de bestreden bepalingen redelijk recent in werking zijn getreden, 1 januari 1980, wellicht nog opvallender. Waar de CRvB eerder het stilzitten van de wetgever leek te fatteren, stelt hij zich nu streng op tegenover de wetgever. Anderzijds heeft de wetgever met deze wetgeving juist beoogd de ongelijke behandeling op te heffen. Nu er bij de toepassing van bepalingen van de gewijzigde wet opnieuw ongelijkheid tussen vrouwen en mannen blijkt op te treden, is het te begrijpen dat de CRvB kiest voor het opheffen van de ongelijke behandeling en zo aansluiting zoekt bij het doel van de recent gewijzigde wet.

In de uitspraken van 5 januari 1988 en 7 december 1988 kiest de CRvB ervoor de gunstige regeling van toepassing te verklaren op alle gevallen. In de uitspraken van 5 januari 1988 doet hij dit door het buiten toepassing laten van de discriminerende bepalingen. In de uitspraken van 7 december 1988 verruimt de CRvB de reikwijdte van de AWW door de bepalingen die het recht op een pensioen of uitkering alleen aan weduwen toekennen,

ook van toepassing te verklaren op weduwnaars. In beide gevallen vergroot de CRvB de groep uitkeringsgerechtigden en lijkt hij zich niet te laten leiden door de budgettaire gevolgen van zijn keuzes. De CRvB toont zich in deze uitspraken meer bewust van zijn rechtsbeschermende taak en levert door een minder terughoudende opstelling een bijdrage aan het beëindigen van de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

5.3.2 Het onderscheid naar burgerlijke staat

Naast de vraag naar de geoorloofdheid van het onderscheid naar geslacht bij de toepassing van socialezekerheidsregelingen wordt de CRvB ook de vraag gesteld of het onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonende partners bij de toepassing van bepalingen van socialezekerheidswetten berust op objectieve en redelijke rechtvaardigingsgronden. In een van de vier geschillen waarover de CRvB zich op 1 november 1983 heeft uitgesproken, is deze vraag met het oog op de vaststelling van de hoogte van een arbeidsongeschiktheidsuitkering aan de CRvB voorgelegd. Nadat de CRvB heeft geoordeeld dat er geen internationale of supranationale bepalingen waren, die de uitkomst van het geschil beïnvloedde, heeft de CRvB in 1983 nog overwogen dat:

... aan het gelijkheidsbeginsel in casu niet een zo verreikende betekenis kan worden gehecht dat, in strijd met een wettelijke bepaling, onder „gehuwd zijn” tevens het samenleven in een concubinaatsverhouding zou moeten worden gerekend.⁸³

Op 9 april 1987 heeft het Comité voor de rechten van de mens in de Danningzaak⁸⁴ in zijn inzichten aangegeven dat het gemaakte onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonende paren bij de vaststelling van de hoogte van een arbeidsongeschiktheidsverzekering op redelijke en

⁸³ CRvB 1 november 1983, RSV 1984, 147, m.nt. W.M. Levelt-Overmars onder RSV 1984, 150; zie ook par. 5.3.1.

⁸⁴ CRM 9 april 1987, RSV 1988, 201 (*Danning/Nederland*).

Artikel 94 Grondwet toegepast

objectieve criteria is gebaseerd. De beslissing om al dan niet een huwelijk met de daaraan verbonden rechten en plichten aan te gaan, is een bewuste keuze. Als samenwonenden besluiten niet te trouwen, dan kunnen zij zich ook niet beroepen op de rechten die uit een huwelijk voortvloeien. Het door de Nederlandse wetgever gemaakte onderscheid is niet ontoelaatbaar en levert derhalve geen schending van artikel 26 IVBPR op.⁸⁵

In september 1989 spreekt de CRvB zich uit over de vraag of het onderscheid dat de Ziekenfondswet (ZFW) tot 1 januari 1988 maakte tussen ongehuwde en gehuwde stellen niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR.⁸⁶ De ZFW beperkte de mogelijkheid om als medeverzekerde te worden aangemerkt tot de vrouw of man met wie de verzekerde wettig was gehuwd. Een ongehuwde partner met wie de verzekerde een gezamenlijke huishouding voerde, werd tot 1 januari 1988 niet als medeverzekerde erkend. Anders dan in de uitspraken over het onderscheid tussen vrouwen en mannen verwijst de CRvB in deze uitspraak wel expliciet naar de inzichten van het Comité voor de rechten van de mens in de Danningzaak:

Aangezien in de onderhavige casus de ongelijkheid naar 's Raads oordeel niet ingrijpender is dan in de zaak Danning en er voorts geen enkele aanleiding is te veronderstellen dat de rechtsopvatting binnen het geheel der Verdragsluitende Staten inmiddels is gewijzigd ten opzichte van de stand van zaken op basis waarvan het Comité voor de rechten van de mens zijn oordeel in de zaak Danning gaf, kan van de thans bestreden beslissing niet worden gezegd dat deze in strijd is met artikel 26 IVBPR.⁸⁷

De CRvB volgt de inzichten van het Comité voor de rechten van de mens. De CRvB gaat niet meer in op de eerste en tweede analysevraag. Het mag inmiddels voldoende bekend worden verondersteld dat artikel 26 IVBPR een ieder verbindend is, en dat geschillen over het onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonenden op het gebied van de sociale

⁸⁵ CRM 9 april 1987, RSV 1988, 201 (*Danning/Nederland*), r.o. 14.

⁸⁶ Op 1 januari 1988 trad een gewijzigde wet in werking waarin het gemaakte onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonenden was opgeheven.

⁸⁷ CRvB 28 september 1989, RSV 1990, 235, r.o. II.4; zie ook CRvB 28 september 1989, AB 1990, 232, m.nt. W.A. Sinninghe Damsté onder AB 1990, 234.

zekerheid vallen onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR. Aansluitend beantwoordt de CRvB de derde analysevraag negatief. De toepassing van de nationale bepalingen is niet onverenigbaar met artikel 26 IVBPR. De CRvB acht in navolging van het Comité het vóór 1988 gemaakte onderscheid tussen ongehuwd samenwonenden en gehuwden gerechtvaardigd, omdat het onderscheid is gebaseerd op objectieve en redelijke rechtvaardigingsgronden. De CRvB hoeft geen overwegingen te wijden aan het feit dat maatschappelijke ontwikkelingen dit in de toekomst anders zouden kunnen maken, omdat het gemaakte onderscheid door een wetswijziging per 1 januari 1988 uit de ZFW is verdwenen.

Enige maanden later, in februari en mei 1990, staat de CRvB voor de vraag of het onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonenden bij de toekenning van een pensioen op grond van de AWW verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. In eerste aanleg hebben de diverse raden van beroep niet eensluidend geoordeeld over de vraag of het in de AWW gemaakte onderscheid tussen ongehuwde en gehuwde stellen leidt tot een schending van artikel 26 IVBPR.⁸⁸

In zijn uitspraken verwijst de CRvB opnieuw naar de Danningzaak en zoekt hij aansluiting bij zijn uitspraken over de ZFW van september 1989:

In aansluiting hierop (de uitspraken van 28 september 1989 over de ZFW – JdW) is de Raad, gegeven de huidige stand van de maatschappelijke ontwikkelingen en de rechtsontwikkeling geprojecteerd op een materie als deze, van oordeel dat de in de AWW vervatte beperking tot de weduwe waar het gaat om aan die wet te ontleen aanspraken na het overlijden van de verzekerde echtgenoot (nog) geen in art. 26 IVBP verboden onderscheid ten opzichte van de ongehuwd samenwonende inhoudt.⁸⁹

⁸⁸ In Raad van Beroep Haarlem 16 februari 1989, *AB* 1989, 363, wordt het gemaakte onderscheid in strijd met artikel 26 IVBPR geacht. In Raad van Beroep Amsterdam 1 februari 1989, *AB* 1989, 364 en Raad van Beroep Arnhem 11 oktober 1989, *RSV* 1990, 236, wordt het gemaakte onderscheid niet in strijd met artikel 26 IVBPR geacht.

⁸⁹ CRvB 28 februari 1990, *RSV* 1990, 295; *AB* 1990, 233 en 234, m.nt. W.A. Sinninghe Damsté, onder II; zie ook CRvB 9 mei 1990, *AB* 1991, 40, m.nt. L.J.M. de Leede.

Artikel 94 Grondwet toegepast

De CRvB overweegt dat de maatschappelijke omstandigheden op het gebied van relaties nog niet zo sterk zijn gewijzigd, dat het gemaakte onderscheid in de AWW niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR moet worden geacht. De CRvB geeft daarmee een negatief antwoord op de derde analysevraag. Ook het feit dat de wetgever recent in een aantal andere sociale-zekerheidswetten het onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonenden heeft opgeheven:

... brengt naar het oordeel van de Raad nog niet zonder meer met zich mede dat de binnen de AWW gehandhaafde beperking van de toekenning van een weduwnpensioen- of uitkering aan de weduwe een verboden onderscheid in de zin van art. 26 IVBP inhoudt. Zoals eiser in zijn beroepschrift heeft aangevoerd, staat het de Regering vrij om ook waar geen sprake is van (verboden) discriminatie te streven naar een gelijke behandeling van gehuwden en ongehuwden.⁹⁰

De motivering van zijn oordeel, ontleend aan de stellingen van eiser, is naar mijn mening nogal eenzijdig. De CRvB laat na zich af te vragen welke consequenties het verschil in behandeling van ongehuwden en gehuwden in de diverse wetten op het gebied van de sociale zekerheid zou kunnen hebben voor de rechtszekerheid. Het in een wet gemaakte onderscheid naar burgerlijke staat kan gerechtvaardigd zijn, omdat het geen schending van artikel 26 IVBPR oplevert. Echter, het feit dat ongehuwd samenwonenden in de ene socialezekerheidswet wel en in een andere socialezekerheidswet niet dezelfde rechten hebben als echtparen, laat zich moeilijk verdedigen. Dit verschil in de rechten van ongehuwd samenwonenden in diverse wetten, dan eens hebben zij dezelfde rechten als gehuwden, dan weer hebben zij niet dezelfde rechten als gehuwden, komt de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid niet ten goede.

In juni 1991 ligt bij de CRvB opnieuw de vraag voor of het onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonende paren dat wordt gemaakt bij de toekenning van een uitkering of pensioen op grond van de AWW, ver-

⁹⁰ CRvB 28 februari 1990, *RSV* 1990, 295; *AB* 1990, 233 en 234, m.nt. W.A. Sinninghe Damsté, onder II.

enigbaar is met artikel 26 IVBPR. In dit geschil betreft het echter anders dan in de eerder besproken zaken een ongehuwd samenwonend paar van gelijk geslacht. De rechtzoekende wijst er met nadruk op dat, anders dan bij heteroparen, het voor paren van gelijk geslacht nog niet mogelijk is om in het huwelijk te treden. Paren van gelijk geslacht hebben er anders dan ongehuwd samenwonende heteroparen derhalve niet bewust voor gekozen om niet te trouwen. Dit leidt ertoe, aldus de klager, dat de ongelijke behandeling van samenwonende homoparen ten opzichte van gehuwde echtparen een schending van artikel 26 IVBPR oplevert. Ook omdat de relatie van de klager is vastgelegd in een notarieel samenlevingscontract waarin een wederzijdse onderhoudsverplichting is opgenomen.

De CRvB gaat niet in op de onmogelijkheid voor samenwonende homoparen om te huwen en oordeelt in dit geschil zoals hij ook heeft gedaan in de zaken waar het onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonende heteroparen in geding was. De CRvB verwijst naar zijn uitspraak van 28 februari 1990, *AB* 1990, 233. Aansluitend overweegt de CRvB dat het in dit stadium niet op de weg van de rechter ligt om te oordelen dat het gemaakte onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonende paren dient te worden opgeheven, omdat dit niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. De CRvB vervolgt zijn overwegingen met de constatering dat een wetsvoorstel waarin het onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonenden wordt opgeheven, is ingediend bij de Tweede Kamer.⁹¹

In dat wetsvoorstel en de daarin gemarkeerde rechtsontwikkeling kan de Raad evenmin grond vinden voor een ander oordeel. Zulks zou neerkomen op een organisatorische en inhoudelijke doorkruising door vooruitlopende rechterlijke oordeelsvorming in een geval uit een categorie van samenwonenden, voor wie thans de wetgever naar mag worden verwacht op afzienbare termijn zal vaststellen dat (en in hoeverre) zij – evenals gehuwden – na het overlijden van de partner aanspraak op uitkering zullen hebben.⁹²

⁹¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 013, nr. 2.

⁹² CRvB 5 juni 1991, *RSV* 1992, 18, onder II.

Artikel 94 Grondwet toegepast

De CRvB oordeelt ten slotte dat artikel 26 IVBPR hem er niet toe noopt te anticiperen op de nieuwe wettelijke regeling. Ondanks de maatschappelijke ontwikkelingen en de op handen zijnde nieuwe regelgeving blijft de CRvB de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling, negatief beantwoorden.

Ongeveer vier maanden later, in oktober 1991, bevestigt de CRvB opnieuw zijn uitspraken van 28 februari 1990, *AB* 1990, 233 en 234, en stelt hij zich eveneens opnieuw op het standpunt dat hij nog geen grond ziet om vooruit te lopen op het van kracht worden van een nieuwe wettelijke regeling, die het gemaakte onderscheid voor bepaalde categorieën ongehuwd samenwonenden zal opheffen. De CRvB acht het de taak van de wetgever om te bepalen welke categorieën ongehuwd samenwonenden bij hun aanspraken op een AWW-uitkering of -pensioen dezelfde rechten krijgen als gehuwde paren.⁹³

Nog weer drie maanden later, in januari 1992, bevestigt de CRvB opnieuw zijn uitspraken van 28 februari 1990, *AB* 1990, 233 en 234. Anders dan in de hierboven besproken zaken heeft in dit geschil de rechter in eerste aanleg, de Raad van Beroep 's-Hertogenbosch, de toepassing van het in de AWW gemaakte onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonenden niet verenigbaar geoordeeld met artikel 26 IVBPR. De CRvB ziet desondanks geen gronden om anders te oordelen dan in zijn eerdere uitspraken. Wel toont de CRvB zich minder geduldig tegenover de wetgever:

Daargelaten dat de wetgever met de in het licht van art. 26 van het IVBPR geldende aanspraak op gelijke behandeling de grenzen van hetgeen een behoorlijk wetgever betaamt nadert door nog steeds geen adequate wetgeving ter zake van de door de AWW geregelde problematiek tot stand te brengen, is de Raad van oordeel dat de vraag [of de ongehuwde gedaagde dezelfde aanspraak zou moeten kunnen laten gelden op een AWW-pensioen als een weduwe of weduwnaar] onderdeel uitmaakt van een

⁹³ CRvB 16 oktober 1991, *RSV* 1992, 138, onder II.

complexe (beleids-)problematiek en daarmee afhankelijk is van nader te maken belangenafwegingen die op het terrein van de wetgever liggen, zodat voor tussenkomst van de rechter – aangezien deze wetgeving, zij het met ernstige vertraging, in de vorm van de Algemene Nabestaandenwet in procedure is – thans nog geen plaats is. De Raad laat thans in het midden of deze afweging in dezelfde zin zou kunnen blijven uitvallen indien de wetgever ernstige in gebreken blijft de wetgevende taak op behoorlijke besluitvormende wijze te vervullen.⁹⁴

De CRvB maant de wetgever tot spoedige besluitvorming over een nieuwe wettelijke regeling op het gebied van de nabestaandenuitkeringen en -pensioenen. De CRvB acht het nog te vroeg om via een rechterlijke uitspraak vooruit te lopen op de belangenafweging die op de weg van de wetgever ligt. Welke consequenties het uitblijven van besluitvorming door de wetgever zou kunnen hebben, laat de CRvB vooralsnog ‘in het midden’.

Bijna vier jaar later, in oktober 1995, lijkt de CRvB zich terughoudender op te stellen dan in zijn oordeel van januari 1992. De CRvB bevestigt en herhaalt zijn eerdere uitspraken over het in de AWW gemaakte onderscheid tussen ongehuwd samenwonenden en gehuwden. Hij sluit af met de overweging:

In aansluiting hierop heeft de raad in het wetsvoorstel voor een Algemene Nabestaandenwet en de daarin gemarkeerde rechtsontwikkeling geen grond gezien voor een andere zienswijze en erop gewezen dat het aan de wetgever is te omlijnen welke categorieën van samenlevenden evenals gehuwden na het overlijden van hun partner aanspraak op een nabestaandenuitkering zullen hebben.⁹⁵

Het wetsvoorstel van de Algemene nabestaandenwet (Anw) is op 10 oktober 1995, kort voor deze uitspraak van de CRvB, aangenomen door het parlement en zal op 1 juli 1996 in werking treden. In dit wetsvoorstel is het onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonenden

⁹⁴ CRvB 29 januari 1992, RSV 1992, 167, onder II.

⁹⁵ CRvB 18 oktober 1995, AB 1996, 77, m.nt. F.J.L. Pennings, onder II.

Artikel 94 Grondwet toegepast

verdwenen. Beide groepen vallen na de inwerkingtreding van de nieuwe wet onder hetzelfde rechtsregime. De overweging van de CRvB dat hij in het wetsvoorstel geen grond ziet voor een andere zienswijze, is om het met de woorden van annotator Pennings te zeggen “niet zo overtuigend”.⁹⁶ In het licht van de uitspraak van de CRvB van 29 januari 1992, *RSV* 1992, 167, wordt dit, naar mijn mening, nog minder overtuigend. In 1992 heeft de CRvB zijn tanden aan de wetgever getoond, maar hij weigert ze daadwerkelijk te gebruiken.

Nog weer twee jaar later, in december 1997, de *Anw* is dan bijna anderhalf jaar van kracht, ligt bij de CRvB opnieuw de vraag voor of het gemaakte onderscheid tussen ongehuwd en gehuwd samenwonenden geen discriminatie vormt in de zin van artikel 26 IVBPR. Een ongehuwde vrouw heeft een weduwepensioen aangevraagd na het overlijden van haar mannelijke levenspartner in mei 1995. De man is dus ruim een jaar voor de inwerkingtreding van de *Anw* overleden. De CRvB verwijst opnieuw naar zijn uitspraken uit het begin van de jaren '90. Hij herhaalt dat hij de omstandigheid dat de wetgever op een aantal gebieden van het sociaalzekerheidsrecht het gemaakte onderscheid inmiddels heeft opgeheven, van onvoldoende betekenis acht om tot een ander oordeel te komen, waarna hij vervolgt:

Ook ten tijde in dit geding van belang kunnen deze overwegingen naar het oordeel van de Raad voldoende rechtvaardiging vormen voor het gewraakte onderscheid in de *AWW*, waarbij valt aan te tekenen dat door de inwerkingtreding van de Algemene nabestaandenwet (*Anw*) op 1 juli 1996 ook in de nabestaandenwetgeving bedoeld onderscheid is opgeheven.⁹⁷

De CRvB vervolgt de weg die hij sinds 1987 met zijn uitspraken over de *AWW* in het licht van artikel 26 IVBPR is ingeslagen. De CRvB blijft de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR, consequent negatief beantwoorden.

⁹⁶ CRvB 18 oktober 1995, *AB* 1996, 77, m.nt. F.J.L. Pennings, noot onder 3.

⁹⁷ CRvB 10 december 1997, *USZ* 1998, 74, m.nt. M.J.A.C. Driessen.

Afronding

De CRvB volgt tot de inwerkingtreding van de Anw in juli 1996 een vaste lijn in zijn jurisprudentie bij de vragen over de toepassing van de AWW-bepalingen die onderscheid maken tussen ongehuwde en gehuwde partners. De CRvB beantwoordt de derde analysevraag – Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? – consequent negatief. De CRvB sluit met zijn oordelen aan bij de inzichten van het Comité voor de rechten van de mens uit 1987. Het Comité heeft geoordeeld dat het onderscheid naar burgerlijke staat berust op objectieve en redelijke rechtvaardigingsgronden, daardoor leidt het onderscheid niet tot een schending van artikel 26 IVBPR. Ondanks de gewijzigde maatschappelijke omstandigheden en veranderde opvattingen op het gebied van huwelijk en samenwonen waarbij Nederland voorop loopt en ondanks de gelijkstelling van ongehuwd en gehuwd samenwonenden in een aantal andere socialezekerheidswetten, blijft de CRvB oordelen dat de toepassing van de AWW geen discriminatie oplevert in de zin van artikel 26 IVBPR. In 1992 lijkt de CRvB aan te kondigen dat een wijziging van zijn oordeel niet lang meer op zich zal laten wachten, als de wetgever blijft talmen. In 1995 blijkt dit toch een loze waarschuwing te zijn geweest.

Hoewel de CRvB niet ingaat op verzoeken van ongehuwde partners om hen net zo te behandelen als gehuwde paren, kan niet worden gezegd dat de CRvB de rechten van burgers onvoldoende beschermt in het licht van het internationale recht. De nationale AWW-bepalingen die onderscheid maakten tussen ongehuwde en gehuwde paren, waren (nog) niet onverenigbaar met artikel 26 IVBPR. Een activistischer houding van de CRvB zou vanwege de veranderde opvattingen over het huwelijk en samenwonen wellicht wel begrijpelijk zijn geweest. Ook omdat het onderscheid tussen ongehuwden en gehuwden in een aantal andere socialezekerheidsregelingen al door wetswijzigingen was opgeheven. Toch zou de CRvB dan het verwijt hebben kunnen krijgen dat hij zijn positie ten opzichte van de wetgever had veronachtzaamd, omdat hij het wetgevingsproces zou hebben doorkruist. Wel kan worden gezegd dat de CRvB in 1992 met zijn

Artikel 94 Grondwet toegepast

aanmaning om de besluitvorming over de Anw niet al te lang meer op zich te laten wachten een signaal aan de wetgever heeft gegeven. Met dit signaal heeft de CRvB bij ongehuwd samenwonenden de verwachting gewekt dat het onderscheid snel zou moeten worden opgeheven. Mocht de wetgever in gebreke blijven, dan zou ingrijpen door de rechter niet lang meer op zich laten wachten. Toen snelle besluitvorming door de wetgever uitbleef, had de CRvB, zeker toen de Anw eenmaal was aangenomen, zich wellicht activistischer kunnen opstellen zonder zijn positie ten opzichte van de wetgever uit het oog te verliezen, bijvoorbeeld door de Anw anticiperend toe te passen.

5.3.3 Gelijke behandeling in de Algemene nabestaandenwet

Op 1 juli 1996 wordt de AWW vervangen door de Anw. In de Anw behoort het onderscheid tussen ongehuwde en gehuwde paren tot het verleden. Onder het regime van de Anw doen burgers een aantal keren een beroep op een schending van artikel 26 IVBPR. De CRvB acht zowel de toepassing van de bepalingen van de Anw als de toepassing van de overgangsregeling verenigbaar met artikel 26 IVBPR. De CRvB oordeelt dat het gemaakte onderscheid berust op redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden,⁹⁸ of dat:

... discriminatieverboden als bijvoorbeeld neergelegd in art. 26 IVBPR, niet beogen bescherming te bieden tegen nadelen (of tegen het onthouden van voordelen) waarvan het al dan niet optreden wordt bepaald door het aan wetwijziging inherente tijdsaspect.⁹⁹

De CRvB weerlegt met genoemde motivering het beroep op een schending van artikel 26 IVBPR van een ongehuwde vrouw aan wie, na het overlijden van haar levenspartner een Anw-uitkering is geweigerd. De vrouw heeft voor zichzelf en haar dochter die is geboren uit de relatie met

⁹⁸ CRvB 4 oktober 2000, *RSV* 2001, 19; CRvB 24 januari 2001, *RSV* 2001, 138; CRvB 25 april 2003, *RSV* 2003, 200; CRvB 13 juni 2003, *RSV* 2003, 275; CRvB 29 augustus 2003, *RSV* 2004, 18.

⁹⁹ CRvB 10 maart 1999, *RSV* 1999, 231; CRvB 5 december 2003, *RSV* 2004, 219.

haar overleden levenspartner, een Anw-uitkering aangevraagd, nadat haar een AWW-uitkering is geweigerd. Zij heeft geen recht op een AWW-uitkering, omdat zij geen weduwe is in de zin van de AWW, omdat zij niet wettig gehuwd is geweest met haar overleden levenspartner. De Anw-uitkering is haar geweigerd, omdat haar levenspartner vóór 1 juli 1996, de datum waarop de Anw in werking is getreden, is overleden en omdat zij op 1 juli 1996 geen rechten kon ontlenen aan de AWW. Zij voert aan dat het onderscheid dat de nieuwe Anw maakt tussen nabestaanden uit een niet-huwelijkse relatie van wie de levenspartner vóór en van wie de levenspartner na 1 juli 1996 is overleden, een discriminatie in de zin van artikel 26 IVBPR oplevert.

De CRvB beantwoordt de eerste twee analysevragen positief en aansluitend de derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling, negatief. Met het negatieve antwoord op de derde analysevraag vervolgt de CRvB de constante lijn in zijn rechtspraak. Ook de toepassing van de Anw-bepalingen is, evenals de toepassing van de AWW-bepalingen in het verleden, niet onverenigbaar met artikel 26 IVBPR.

De vrouw accepteert het oordeel van de CRvB niet en dient een individuele klacht in bij het Comité voor de rechten van de mens. Het Comité acht het afwijzen van het weduwepensioen verenigbaar met artikel 26 IVBPR. Het maken van onderscheid tussen ongehuwde en gehuwde paren vormde in het verleden geen inbreuk op artikel 26 IVBPR. De Nederlandse staat was daarom niet verplicht om aan de wetswijziging terugwerkende kracht te verlenen.

Het Comité heeft echter over het afwijzen van de halfwezenuitkering voor de dochter een ander inzicht dan de CRvB. De Anw maakt bij het toekennen van uitkeringen onderscheid tussen kinderen die vóór 1 juli 1996 en kinderen die na 1 juli 1996 uit ongehuwde ouders zijn geboren. Omdat kinderen geen zeggenschap hebben over de keuze van hun ouders om wel of niet te trouwen, kan niet worden gezegd dat het gemaakte onderscheid

Artikel 94 Grondwet toegepast

op redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden berust. Het Comité acht dit onderscheid dan ook niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR.¹⁰⁰

In zijn uitspraak van 21 juli 2006 gaat de CRvB uitgebreid in op de inzichten van het Comité voor de rechten van de mens in de zaak *Derksen & Bakker*.¹⁰¹ De CRvB ziet in de inzichten van het Comité aanleiding zijn vaste rechtspraak over de weigering van een halfwezenuitkering aan kinderen die zijn geboren uit ongehuwde ouders en van wie een van de ouders voor de inwerkingtreding van de Anw is overleden, te heroverwegen. Ondanks een negatieve reactie van de Nederlandse regering en de raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank (de verweerder in het onderhavige geschil) op de inzichten van het Comité voor de rechten van de mens maakt de CRvB de inzichten van het Comité tot de zijne. Met dezelfde motivering als het Comité oordeelt de CRvB dat de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. In andere woorden, de CRvB beantwoordt de derde analysevraag positief.

De Raad heeft voor dit oordeel van doorslaggevend belang geacht dat anders dan bij de ouders wordt verondersteld het geval te zijn het kind zijn status van onwettig kind niet zelf heeft kunnen bepalen of in relevante mate heeft kunnen beïnvloeden of (doen) wijzigen, op een wijze die ertoe leidt dat niet langer sprake is van een verschil in behandeling als hiervoor bedoeld. De keuze om niet te huwen en het eventueel daaruit voortvloeiende risico dat hierdoor geen aanspraak op een uitkering kan worden gemaakt is niet door het kind gemaakt en levert dan ook vanuit de beschermingswaardige positie van het kind gezien geen toereikende rechtvaardigingsgrond op voor de ongelijke behandeling die hieruit – na de inwerkingtreding van de ANW – nog langdurig voortvloeit voor de kinderen.¹⁰²

De beantwoording van de vierde analysevraag – Beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? Zo ja, op welke wijze? – laat de CRvB aan de Sociale Verzekeringsbank. Hij geeft de Sociale Verzekerings-

¹⁰⁰ CRvB 21 juli 2006, RSV 2006, 302, het Comité onder II.

¹⁰¹ CRM 1 april 2004, klachtnummer 976/2001 (*Derksen & Bakker/Nederland*).

¹⁰² CRvB 21 juli 2006, RSV 2006, 302, het oordeel van de Raad onder II.

bank de opdracht een nieuw besluit op bezwaar te nemen, waarbij de CRvB duidelijk aangeeft dat het onthouden van een halfwezenuitkering aan appellante een schending van artikel 26 IVBPR zal opleveren.

Afronding

Ook na de inwerkingtreding van de Anw in juli 1996 is de rechtspraak van de CRvB constant. De lijn die is ingezet onder de AWW, wordt onder de Anw voortgezet. Beroepen van partijen op een schending van artikel 26 IVBPR worden steeds afgewezen. In 2004 maakt het Comité voor de rechten van de mens kenbaar dat hij de toepassing van een bepaling van de Anw niet verenigbaar acht met artikel 26 IVBPR. Onder verwijzing naar de inzichten van het Comité heroverweegt de CRvB zijn oordeel over de toepassing van de bestreden bepaling. Hij neemt in zijn oordeel de inzichten van het Comité over.

De oordelen van de CRvB over de vraag of bepalingen van nationale socialezekerheidswetten waarin onderscheid naar geslacht en naar burgerlijke staat wordt gemaakt, verenigbaar zijn met artikel 26 IVBPR kan terughoudend tot zeer terughoudend worden genoemd. In eerste instantie door te ontkennen dat het sociaalzekerheidsrecht valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR. Daarna door de werking van artikel 26 IVBPR voor het sociaalzekerheidsrecht uit te stellen door de verbindende kracht van artikel 26 IVBPR op een later tijdstip dan de datum van de inwerkingtreding van het IVBPR te leggen. En ten slotte door op een enkele uitzondering na te oordelen dat de toepassing van de nationale bepaling niet onverenigbaar is met artikel 26 IVBPR. Pas op het moment dat het Comité voor de rechten van de mens aangeeft dat de toepassing van nationale bepalingen een schending van artikel 26 IVBPR oplevert, wijzigt de CRvB zijn oordeel. Verder verwijst de CRvB naar de wetgever voor het ongedaan maken van niet langer geoorloofd onderscheid in socialezekerheidsregelingen. Door zijn terughoudende opstelling heeft de CRvB een aantal malen de rechten van burgers volgens de eisen die het internationale recht stelt, onvoldoende beschermd. Daarnaast heeft hij zijn bevoegdheid bij het waarborgen van de verenigbaarheid van nationaal met internationaal recht

Artikel 94 Grondwet toegepast

zeer eng opgevat, waardoor hij de verantwoordelijkheid voor het beëindigen van de onverenigbaarheid van de toepassing van nationale bepalingen met internationaal recht volledig aan de wetgever heeft gelaten. Dit heeft tot gevolg gehad dat het Comité voor de rechten van de mens in zijn inzichten diverse malen heeft aangegeven, dat Nederland in gebreke is gebleven bij het naleven van de eisen die artikel 26 IVBPR stelt.

5.4 Gelijke behandeling in het belastingrecht

Ook in het belastingrecht blijft artikel 26 IVBPR niet onopgemerkt. In 1988, enige jaren later dan in het sociaalzekerheidsrecht, wordt aan de hoogste rechter in het belastingrecht, de belastingkamer van de Hoge Raad, voor de eerste keer de vraag voorgelegd of een bepaling van een belastingwet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. In de volgende jaren strekken de beroepen op een schending van artikel 26 IVBPR door (de toepassing van) nationale bepalingen zich uit over vele belastingwetten. Naast een aantal gedingen over bepalingen van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964, de Wet Inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de Loonbelasting 1964 zijn er ook zaken over bepalingen van onder andere de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken, de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen en de Successiewet 1956. Omdat de Hoge Raad in een arrest over de ene wet regelmatig verwijst naar zijn oordeel en motivering in een arrest over een andere wet, is het niet mogelijk om de ontwikkeling in de jurisprudentie weer te geven aan de hand van de uitspraken over slechts één wet. In deze paragraaf zal de jurisprudentie over de gelijke behandeling in het belastingrecht daarom in chronologische volgorde worden behandeld. Op deze manier is het mogelijk inzicht te krijgen in de wijze waarop de rechter zijn bevoegdheid bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht in het belastingrecht invult.

5.4.1 De periode 1988 – 2001

In 1988 oordeelt de Hoge Raad over een cassatieberoep dat is ingesteld door een belastingplichtige over de vaststelling van zijn belastingaanslag over het jaar 1984. De belastingplichtige stelt dat het onderscheid tussen woningeigenaren en huurders bij de aftrek van de kosten voor het opgeofferde woongenot bij het gebruik van een studeer- of werkkamer in de woning een schending van artikel 26 IVBPR oplevert. Dit onderscheid is ontstaan door een wijziging van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964.¹⁰³ De belastinginspecteur heeft bij het besluit op bezwaar de stelling van de belastingplichtige niet gevolgd, omdat hij artikel 26 IVBPR niet van toepassing achtte op het Nederlandse belastingrecht. Het Gerechtshof Amsterdam heeft echter geoordeeld dat artikel 26 IVBPR wel van toepassing is op de bepalingen van de Nederlandse belastingwetgeving.¹⁰⁴ Het hof beantwoordt de eerste en de tweede analysevraag positief, artikel 26 IVBPR is naar zijn inhoud een ieder verbindend en het geschil valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR. Het geschil spitst zich, aldus het hof, toe op de derde analysevraag of de toepassing van de bepaling van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. Het hof beantwoordt deze vraag in een rechtsoverweging van één zin negatief.

Hoewel aan belanghebbende kan worden toegegeven dat de aangevallen wetsbepaling in zekere zin een ongelijke behandeling meebrengt van hen die eigenaar zijn van hun woning ten opzichte van degenen die hun woning huren, kan niet worden gezegd dat deze wetsbepaling een door het verdrag verboden discriminatie tussen eerderbedoelde eigenaren en huurders inhoudt.¹⁰⁵

Het hof oordeelt dat de nationale bepaling geen schending van artikel 26 IVBPR oplevert en dus niet onverenigbaar is met artikel 26 IVBPR. De

¹⁰³ Wet van 15 december 1983, houdende wijziging van de inkomstenbelasting en de loonbelasting in het kader van het belastingplan 1984, *Stb.* 1983, 627.

¹⁰⁴ HR 8 juli 1988, *BNB* 1988, 302, m.nt. J.P. Scheltens; *NJ* 1990, 448, m.nt. E.A. Alkema, hof r.o. 4.1.

¹⁰⁵ HR 8 juli 1988, *BNB* 1988, 302, m.nt. J.P. Scheltens; *NJ* 1990, 448, m.nt. E.A. Alkema, hof r.o. 4.3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

belastingplichtige stelt in cassatie dat de uitspraak van het hof inhoudelijk onjuist is en onvoldoende is gemotiveerd. Advocaat-generaal Moltmaker gaat in zijn conclusie uitgebreid in op de vraag of aan artikel 26 IVBPR in het belastingrecht rechtstreekse werking moet worden toegekend. Hij beantwoordt deze vraag positief onder verwijzing naar de uitspraak van het Comité voor de rechten van de mens in de Broekszaak.¹⁰⁶ Aansluitend stelt hij vast dat niet in geding is, dat er onderscheid wordt gemaakt tussen huiseigenaren en huurders. Dit oordeel heeft de Hoge Raad namelijk al in 1983 uitgesproken.¹⁰⁷ Moltmaker concludeert dat huiseigenaren en huurders voor deze regeling als gelijke gevallen moeten worden aangemerkt en dat er voor het gemaakte onderscheid tussen deze gelijke gevallen geen redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden bestaan. Dit heeft tot gevolg dat artikel 26 IVBPR is geschonden. Hij concludeert dat er geen valide budgettaire overwegingen zijn om de wetgever een termijn te gunnen om het verboden onderscheid te beëindigen. Daarnaast leidt het onverbindend verklaren van de bestreden nationale bepaling niet tot een rechtsvacuüm, daardoor kan de rechter de onverenigbaarheid, aldus Moltmaker, zelf beëindigen. Moltmaker concludeert tot het gegrond verklaren van het beroep en het onverbindend verklaren van de nationale bepaling. De belastingaanslag voor deze woningeigenaar kan worden vastgesteld volgens dezelfde regeling als voor huurders bij de aftrek van de kosten van een studeerkamer.¹⁰⁸ De advocaat-generaal beantwoordt dus, evenals het hof, de eerste twee analysevragen positief, maar anders dan het hof, beantwoordt hij ook de derde analysevraag positief. Hij acht de nationale bepaling niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de advocaat-generaal niet. De Hoge Raad overweegt dat de wetgever met het opnemen van de bestreden bepaling in de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 duidelijk heeft gemaakt, dat hij een einde wenste te maken aan de gelijkheid tussen eigenaren en huur-

¹⁰⁶ CRM 9 april 1987, *RSV* 1987, 245, m.nt. W.M. Levelt-Overmars onder *RSV* 1987, 246 (*Broeks/Nederland*); zie ook par. 5.3.1.

¹⁰⁷ HR 30 maart 1983, *BNB* 1983, 157.

¹⁰⁸ HR 8 juli 1988, *BNB* 1988, 302, m.nt. J.P. Scheltens; *NJ* 1990, 448, m.nt. E.A. Alkema, conclusie A-G onder 5.3.3-5.3.7.

ders voor wat betreft de aftrek van de kosten van een studeerkamer. De Hoge Raad oordeelt aansluitend dat:

Hoewel de wetgever zich blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van voornoemde wetswijziging hierover niet heeft uitgelaten, moet het ervoor worden gehouden dat hij hier geen gelijke gevallen aanwezig heeft gezien. Van die zienswijze kan niet worden gezegd dat zij duidelijk in strijd is met voormelde verdragsbepaling.¹⁰⁹

De Hoge Raad wijdt geen woorden aan de eerste twee analysevragen. Echter, uit het feit dat hij ingaat op de derde analysevraag, kan worden opgemaakt dat de Hoge Raad artikel 26 IVBPR een ieder verbindend acht en dat hij heeft geoordeeld dat het geschil valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR. De derde analysevraag of de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR, beantwoordt de Hoge Raad negatief. De Hoge Raad oordeelt dat het door de wetgever gemaakte onderscheid geen door artikel 26 IVBPR verboden discriminatie inhoudt.

In 1989 staat de belastingkamer van de Hoge Raad voor de vraag of het maken van onderscheid naar burgerlijke staat verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. De in de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 opgenomen regeling benadeelt gehuwden, omdat voor het berekenen van een aantal aftrekposten de inkomens van echtparen bij elkaar worden opgeteld. Dit gebeurt bij ongehuwd samenwonende partners niet. De Hoge Raad oordeelt dat gehuwd en ongehuwd samenwonende partners niet in alle opzichten als gelijke gevallen zijn te beschouwen en dat het gemaakte onderscheid op redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden berust. De nationale bepaling is niet onverenigbaar met artikel 26 IVBPR. Dit wordt niet anders, nu het gemaakte onderscheid sinds 1985 door een wetswijziging is verdwenen. De rechter hoeft derhalve niet in te grijpen in de hoogte van een belastingaanslag over het jaar 1981. Deze aanslag is vastgesteld volgens de toen geldende nationale bepaling en deze bepaling was

¹⁰⁹ HR 8 juli 1988, *BNB* 1988, 302, m.nt. J.P. Scheltens; *NJ* 1990, 448, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 4.3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

niet onverenigbaar met artikel 26 IVBPR.¹¹⁰ De Hoge Raad lijkt met deze redenering aan te sluiten bij de motivering van het Comité voor de rechten van de mens en van de CRvB. Het gemaakte onderscheid tussen echtgenoten en ongehuwd samenwonenden vormt geen schending van artikel 26 IVBPR. Dit oordeel verandert niet als de wetgever door een wetswijziging het onderscheid tussen beide groepen opheft.¹¹¹ Evenals in het hierboven besproken Studeerkamerarrest geeft de Hoge Raad alleen antwoord op de derde analysevraag – Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR? – en ook nu is het antwoord negatief.

Na dit oordeel vervolgt de Hoge Raad zijn arrest met de constatering dat het samentellen van de inkomens van beide echtgenoten met zich meebrengt, dat slechts aan de meest verdienende echtgenoot, in casu de man, een belastingaanslag wordt opgelegd. Dit heeft tot gevolg dat alleen de man het recht heeft om bezwaar en beroep in te stellen. De Hoge Raad oordeelt dat op grond van artikel 26 IVBPR ook aan de vrouw het recht van bezwaar en beroep moet toekomen. Immers, bij de vaststelling van de hoogte van de belastingaanslag van haar echtgenoot zijn haar eigen inkomensbestanddelen meegerekend. Voor dit deel van het geschil beantwoordt de Hoge Raad de derde analysevraag positief.

Het discriminerende karakter van het aldus door de wet gemaakte onderscheid ter zake van het recht van bezwaar en beroep is van dien aard dat het in het licht van de verdragsbepalingen niet valt te rechtvaardigen.¹¹²

Het antwoord op de vierde analysevraag – Beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR? Zo ja, op welke wijze? – is tweeledig. Als de echtgenoot aan wie de aanslag niet is opgelegd, binnen de wettelijke termijn bezwaar of beroep instelt, doen zich geen problemen voor, omdat de inspecteur of de rechter het bezwaar- of beroepschrift dan gewoon kan behandelen. Echter, als de echtgenoot aan wie de aanslag niet is opgelegd, pas op een later tijdstip van de aanslag

¹¹⁰ HR 27 september 1989, *BNB* 1990, 61, m.nt. J.P. Scheltens; *NJ* 1990, 449, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 7.2.

¹¹¹ Par. 5.3.2.

¹¹² HR 27 september 1989, *BNB* 1990, 61, m.nt. J.P. Scheltens; *NJ* 1990, 449, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 6.3.

in kennis wordt gesteld, bestaat de mogelijkheid dat deze echtgenoot niet meer in staat is binnen de termijn bezwaar of beroep in te stellen.

Aangezien voor deze complicaties [...] uiteenlopende oplossingen denkbaar zijn, moet een keuze worden gemaakt die, mede in aanmerking genomen de aard van de daarbij betrokken rechtsbelangen – rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en uitvoerbaarheid – niet binnen de rechtvormende taak van de rechter valt, zodat het aan de wetgever is de in aanmerking komende oplossing te kiezen.¹¹³

De rechter beëindigt de onverenigbaarheid dus slechts gedeeltelijk door aan de nationale bepaling een ruimer toepassingsbereik toe te kennen. Naast de echtgenoot aan wie de aanslag is opgelegd, kan ook de echtgenoot aan wie de aanslag niet is opgelegd, bezwaar en beroep instellen, mits het bezwaar- of beroepschrift binnen de gestelde termijn wordt ingediend. De oplossing voor het probleem van de echtgenoot aan wie de aanslag niet is opgelegd en die niet tijdig bezwaar of beroep kan instellen, omdat hij niet op de hoogte is van de opgelegde belastingaanslag, laat de Hoge Raad aan de wetgever.¹¹⁴

In mei 1991 oordeelt de Hoge Raad opnieuw over de vraag of een bepaling van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. In dit geschil gaat het om het autokostenforfait, de regeling voor het belasten van het privégenot van de auto van de zaak. De belastingplichtige stelt dat door het maken van onderscheid tussen de loonbelasting en de inkomstenbelasting bij de vaststelling van het autokostenforfait, het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Daarnaast stelt de belastingplichtige dat binnen de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 bij de vaststelling van het autokostenforfait ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt. Het privégenot van de auto wordt voor de vaststelling van de inkomstenbelasting namelijk alleen meegeteld als het inkomen hoger is dan de aanslaggrens. De belastingplichtige heeft zich in dit geschil niet

¹¹³ HR 27 september 1989, *BNB* 1990, 61, m.nt. J.P. Scheltens; *NJ* 1990, 449, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 6.3.

¹¹⁴ Hemels 2011, p. 34-35.

Artikel 94 Grondwet toegepast

expliciet beroepen op artikel 26 IVBPR, maar op artikel 1 van de Grondwet en artikel 14 EVRM. De Hoge Raad geeft aan dat toetsing aan artikel 1 van de Grondwet niet mogelijk is vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet. Toetsing aan artikel 14 EVRM is, aldus de Hoge Raad, niet mogelijk, omdat artikel 14 EVRM niet van toepassing is, omdat er geen andere rechten of vrijheden van het EVRM in het geding zijn.¹¹⁵ De Hoge Raad overweegt aansluitend dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel met zich meebrengt, dat wel kan worden getoetst aan artikel 26 IVBPR.¹¹⁶ De Hoge Raad oordeelt dat het verschil tussen de loon- en inkomstenbelasting voor wat betreft het autokostenforfait geen schending van artikel 26 IVBPR oplevert, omdat de ondernemer niet ongunstiger wordt behandeld dan de werknemer.¹¹⁷ Over de vraag of de vaststelling van het autokostenforfait binnen de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR, overweegt de Hoge Raad:

In het midden kan blijven of met inachtneming van het vorenoverwogene het onderhavige verschil in behandeling van belastingplichtigen die een hoger loon of een hogere winst genieten dan het bedrag van de aanslaggrens met betrekking tot de toepassing van het autokostenforfait kan worden aangemerkt als een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, en of voor zodanige ongelijke behandeling, zo daarvan sprake was, een objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden gevonden.¹¹⁸

Het antwoord op deze vraag kan ‘in het midden’ blijven, omdat de wetgever door een wetswijziging die in 1990 van kracht is geworden, een regeling heeft getroffen waardoor het gemaakte onderscheid is opgeheven. De Hoge Raad ziet daarom geen goede reden om nu nog in te grijpen bij het

¹¹⁵ HR 8 mei 1991, *BNB* 1991, 196, m.nt. P. den Boer, r.o. 4.3. Het oordeel van de Hoge Raad over de onmogelijkheid om te toetsen aan artikel 14 EVRM kan op grond van EHRM 23 oktober 1990, *BNB* 1995, 244, m.nt. M.W.C. Feteris (*Darby/Zweden*), onjuist worden genoemd.

¹¹⁶ De Hoge Raad lijkt hiermee te kiezen voor een ambtshalve toetsing aan artikel 26 IVBPR, HR 8 mei 1991, *BNB* 1991, 196, m.nt. P. den Boer, noot onder 1.

¹¹⁷ HR 8 mei 1991, *BNB* 1991, 196, m.nt. P. den Boer, r.o. 4.4.

¹¹⁸ HR 8 mei 1991, *BNB* 1991, 196, m.nt. P. den Boer, r.o. 4.11.

vaststellen van de aanslag over het jaar 1983.¹¹⁹ Ook omdat dit gezien het wettelijk stelsel en tegenover andere belastingplichtigen een niet te rechtvaardigen voordeel aan eiser zou opleveren.

In een arrest van de Hoge Raad uit september 1992 over de verenigbaarheid van de toepassing van een bepaling van de Wet administratieve rechtspraak met artikel 26 IVBPR zijn elementen te herkennen uit de hierboven besproken uitspraken. Sinds 1992 bepaalt de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken dat belastingplichtigen die van het gerechtshof een mondelinge uitspraak hebben gekregen, griffierecht zijn verschuldigd om alsnog een schriftelijke uitspraak te verkrijgen.¹²⁰ Een schriftelijke uitspraak is nodig voor het instellen van cassatieberoep. Het gerechtshof is vrij in zijn keuze voor een mondelinge of schriftelijke uitspraak. Belastingplichtigen die een mondelinge uitspraak hebben gekregen, en cassatieberoep willen instellen, betalen daardoor meer griffierecht dan belastingplichtigen die direct een schriftelijke uitspraak hebben ontvangen. In dit geschil is de vraag aan de orde of de genoemde bepaling van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken verenigbaar is met de artikelen 6 en 14 EVRM. Evenals in de zaak over het autokostenforfait vult de Hoge Raad het beroep op de artikelen 6 en 14 EVRM aan met een beroep op artikel 26 IVBPR. De Hoge Raad oordeelt dat belastingplichtigen die wel een schriftelijke uitspraak en belastingplichtigen die geen schriftelijke uitspraak van het hof hebben gekregen, als gelijke gevallen moeten worden aangemerkt. Voor het onderscheid dat de Wet administratieve rechtspraak tussen beide groepen maakt, bestaan geen redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden. De toepassing van de bestreden bepaling is derhalve niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR. De Hoge Raad beantwoordt, anders dan

¹¹⁹ Dit oordeel van de Hoge Raad wordt door EHRM en CRM niet geaccepteerd, EHRM 21 februari 1997, NJ 1997, 580, m.nt. P.J. Boon (*Van Raalte/Nederland*).

¹²⁰ Artikel 17b lid 2 Wet administratieve rechtspraak belastingzaken luidde ten tijde van het wijzen van dit arrest, voor zover van belang: In het in het eerste lid bedoelde geval is door degene die het verzoek (de mondelinge uitspraak te vervangen door een schriftelijke uitspraak – JdW) heeft gedaan, voor het verkrijgen van een schriftelijke uitspraak een recht van f 150 verschuldigd.

Artikel 94 Grondwet toegepast

de advocaat-generaal,¹²¹ de derde analysevraag positief.¹²² Op de vierde analysevraag of de rechter de onverenigbaarheid beëindigt en zo ja, op welke wijze, gaat de Hoge Raad uitvoerig in.

Enerzijds zou het te ver voeren deze vraag aldus te beantwoorden, dat het bepaalde in artikel 17b, lid 2, van de Wet geheel buiten toepassing moet worden gelaten. Anderzijds kan de rechter bezwaarlijk een regeling treffen [omdat] zich een aantal uiteenlopende gevallen kan voordoen en het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan indien hij voor al die gevallen tot in bijzonderheden regels zou geven. Dergelijke regels dienen door de wetgever te worden gesteld.

Zolang zulk een regeling niet tot stand is gekomen, zal de Hoge Raad, ten einde de geconstateerde ongelijkheid, zoveel als in zijn vermogen ligt, op te heffen, in zijn arrest bepalen dat aan degene die beroep in cassatie heeft ingesteld en daartoe het in artikel 17b, lid 2, van de Wet bedoelde griffierecht heeft moeten betalen, dit recht door de Griffier van de Hoge Raad wordt terugbetaald.¹²³

De Hoge Raad oordeelt dat het te ver zou voeren om de bepaling geheel buiten toepassing te laten. Ook acht de Hoge Raad het niet mogelijk een regeling te treffen waarmee hij het ongeoorloofde onderscheid beëindigt, omdat er door de samenhang met andere bepalingen over het griffierecht meerdere oplossingen denkbaar zijn. Het stellen van deze regels is een taak van de wetgever. De Hoge Raad beëindigt echter tot de nieuwe regeling is tot stand gekomen, toch de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR. In voorkomende gevallen zal de Hoge Raad in zijn arrest bepalen dat aan de belastingplichtige het extra betaalde griffierecht moet worden terugbetaald. De bepaling blijft niet buiten toepassing, maar als de gevolgen van de toepassing leiden tot onverenigbaarheid en dat is het geval als cassatieberoep wordt ingesteld, dan worden deze nadelige gevolgen opgeheven.

¹²¹ HR 30 september 1992, *AB* 1993, 2, m.nt. F.H. van der Burg; *BNB* 1993, 30, m.nt. J.P. Scheltens; *NJ* 1994, 495, m.nt. E.A. Alkema, conclusie A-G onder 26.

¹²² HR 30 september 1992, *AB* 1993, 2, m.nt. F.H. van der Burg; *BNB* 1993, 30, m.nt. J.P. Scheltens; *NJ* 1994, 495, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 4.4.4.

¹²³ HR 30 september 1992, *AB* 1993, 2, m.nt. F.H. van der Burg; *BNB* 1993, 30, m.nt. J.P. Scheltens; *NJ* 1994, 495, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 4.4.5.

Evenals in het arrest over het onderscheid tussen echtgenoten bij het recht op bezwaar en beroep beëindigt de Hoge Raad de onverenigbaarheid voor zover dat naar zijn eigen oordeel binnen zijn mogelijkheden ligt. In beide gevallen kiest de Hoge Raad een pragmatische oplossing.

In 1993 ligt bij de Hoge Raad opnieuw een geschil voor waarbij de vraag wordt gesteld of de in de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 opgenomen regeling voor de aftrekbare kosten van een studeer- of werkkamer in de woning vanwege het gemaakte onderscheid tussen de eigenaar en de huurder verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. Door een recente wetswijziging is de ongelijkheid tussen eigenaren en huurders verder vergroot. Naast het onderscheid voor het opgeofferde woongenot dat sinds 1984 bestaat, is door een wetswijziging in 1989 ook een onderscheid gecreëerd in de aftrekbaarheid van de inrichtingskosten van de studeer- of werkkamer in de eigen woning.¹²⁴ Alle voor aftrek in aanmerking komende kosten zijn sinds de wetswijziging van 1989 opgenomen in één forfaitair bedrag. De Hoge Raad oordeelt dat op het punt van de aftrek van de inrichtingskosten niet kan worden gezegd, dat een onderscheid in behandeling tussen eigenaren en huurders is gerechtvaardigd. Het gemaakte onderscheid is derhalve niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR, een positief antwoord op de derde analysevraag. De Hoge Raad komt niet terug op zijn oordeel uit 1988, het gemaakte onderscheid op het punt van het opgeofferde woongenot is niet onverenigbaar met artikel 26 IVBPR. Echter, omdat alle aftrekbare kosten in één forfaitair bedrag zijn ondergebracht en niet duidelijk is welk percentage van het bedrag voor inrichtingskosten is bedoeld, is de totale regeling niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR.¹²⁵ De Hoge Raad wijkt daarmee af van de conclusie van de advocaat-generaal. De advocaat-generaal heeft geconcludeerd dat het vaststellen van één forfaitair bedrag inderdaad tot een ongelijke behandeling leidt, maar dat de door de wetgever beoogde doelmatigheid een redelijke en objectieve

¹²⁴ Wet van 27 april 1989, houdende inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging tariefstructuur en aftrekposten in de loon- en inkomstenbelasting, *Stb.* 1989, 123.

¹²⁵ HR 17 november 1993, *AB* 1994, 383, m.nt. F.H. van der Burg; *BNB* 1994, 36, m.nt. P.J. Wattel, r.o. 3.5.

Artikel 94 Grondwet toegepast

rechtvaardigingsgrond vormt voor het gemaakte onderscheid.¹²⁶ Na zijn positieve antwoord op de derde analysevraag, gaat de Hoge Raad uitgebreid in op de vierde analysevraag: Beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling? Zo ja, op welke wijze?

De rechtstreekse werking van deze verdragsbepaling dient het effect te hebben dat in ieder geval op het punt van de inrichtingskosten e.d. een gelijke behandeling ontstaat tussen de eigenaar-bewoner en de huurder-bewoner. Daartoe staan verschillende wegen open.¹²⁷

Aansluitend schetst de Hoge Raad een aantal opties om de onverenigbaarheid te beëindigen. Het is mogelijk de nationale bepaling buiten toepassing te laten, maar dat druist in tegen de bedoeling van de wetgever bij de wetwijziging van 1989, namelijk de beperking van de aftrekbaarheid van bepaalde kosten en de vereenvoudiging van de berekening van de belastingaanslag. Andere oplossingen hebben hetzelfde nadeel of doen de eerdere wetwijziging teniet, waarbij de wetgever voor het opgeofferde woongenot een geoorloofd onderscheid heeft gecreëerd. Voor de keuze van een van de mogelijkheden is een heroverweging noodzakelijk die, aldus de Hoge Raad, op de weg van de wetgever ligt.¹²⁸ Hij biedt tot die tijd wel een gedeeltelijke oplossing door de huurwaarde voor een woningeigenaar te berekenen volgens de regels die ook voor een huurder gelden.¹²⁹

In juli 1998 moet de Hoge Raad zich opnieuw uitspreken over een geschil over het autokostenforfait. In 1990 is door een wetwijziging onderscheid gecreëerd binnen de groep werknemers die meer dan dertig kilometer naar hun werk reizen met een door de werkgever beschikbaar gestelde per-

¹²⁶ HR 17 november 1993, *AB* 1994, 383, m.nt. F.H. van der Burg; *BNB* 1994, 36, m.nt. P.J. Wattel, conclusie A-G onder 2.19-2.22.

¹²⁷ HR 17 november 1993, *AB* 1994, 383, m.nt. F.H. van der Burg; *BNB* 1994, 36, m.nt. P.J. Wattel, r.o. 3.6.

¹²⁸ HR 17 november 1993, *AB* 1994, 383, m.nt. F.H. van der Burg; *BNB* 1994, 36, m.nt. P.J. Wattel, r.o. 3.7.

¹²⁹ HR 17 november 1993, *AB* 1994, 383, m.nt. F.H. van der Burg; *BNB* 1994, 36, m.nt. P.J. Wattel, r.o. 3.8.

sonenauto.¹³⁰ Afhankelijk van het feit of een werknemer de auto al dan niet voor privédoeleinden gebruikt, wordt wel of geen verhoogd auto-kostenforfait aan de inkomsten uit arbeid toegevoegd. De belastingplichtige stelt dat dit onderscheid een schending van artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM juncto artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM oplevert.¹³¹ Het hof heeft de belastingplichtige in zijn stelling gevolgd en de bestreden bepaling buiten toepassing gelaten. Advocaat-generaal Van den Berge concludeert dat er geen sprake is van verboden discriminatie, omdat de wetgever verantwoorde keuzes heeft gemaakt in het licht van de doelstelling van de regeling, het terugdringen van het autogebruik.¹³²

De Hoge Raad start zijn overwegingen met de opmerking dat:

... aan de wetgever een zekere beoordelingsvrijheid toe[komt] bij het beantwoorden van de vraag of gevallen voor de toepassing van deze Verdragen (EVRM en IVBPR – JdW) als gelijk moeten worden beschouwd, en of, in het bevestigende geval, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om die gevallen niettemin in verschillende zin te regelen.¹³³

Met deze overweging geeft de Hoge Raad aan dat de wetgever een bepaalde mate van beoordelingsvrijheid heeft.¹³⁴ De Hoge Raad volgt met deze overweging het oordeel van het EHRM dat aan de lidstaten in belasting-

¹³⁰ Wet van 4 juli 1990 tot wijziging van de inkomstenbelasting en de loonbelasting (aftopping reiskostenforfait), *Stb.* 1990, 355.

¹³¹ De Hoge Raad toetst in deze en de hierna besproken uitspraken steeds naast artikel 26 IVBPR ook aan artikel 14 EVRM jo. artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. De Hoge Raad heeft hier voor gekozen naar aanleiding van het Darbyarrest, EHRM 23 oktober 1990, *BNB* 1995, 244, m.nt. M.W.C. Feteris (*Darby/Zweden*). Ik beperk mij in de hoofdttekst korthedshalve tot het noemen van de toetsing aan artikel 26 IVBPR.

¹³² HR 15 juli 1998, *NJ* 2000, 168, m.nt. A.R. Bloembergen onder *NJ* 2000, 170; *BNB* 1998, 293, m.nt. P.J. Wattel, conclusie A-G onder 9.1.1-9.1.4.

¹³³ HR 15 juli 1998, *NJ* 2000, 168, m.nt. A.R. Bloembergen onder *NJ* 2000, 170; *BNB* 1998, 293, m.nt. P.J. Wattel, r.o. 3.4.

¹³⁴ In HR 14 juni 1995, *BNB* 1995, 252, m.nt. M.W.C. Feteris, sprak de Hoge Raad ook al over de aan de wetgever toekomende beoordelingsvrijheid bij de toepassing van artikel 26 IVBPR. Deze uitspraak wordt niet nader besproken, omdat de Hoge Raad oordeelde dat de bestreden nationale bepaling niet onverenigbaar was met artikel 26 IVBPR; zie ook Hemels 2011, p. 35.

Artikel 94 Grondwet toegepast

zaken een ‘margin of appreciation’ toekomt.¹³⁵ Aansluitend volgt de Hoge Raad de advocaat-generaal niet en oordeelt, evenals het hof, dat de bestreden bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR.¹³⁶

... dat de wetgever in redelijkheid niet heeft kunnen oordelen dat te dezen sprake is van ongelijke gevallen, althans dat voor de ongelijke behandeling van die gevallen een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat.¹³⁷

De Hoge Raad acht het buiten toepassing laten van de bepaling, zoals het hof heeft gedaan, onjuist, omdat dit leidt tot discriminatie van een andere groep werknemers. Alleen het buiten toepassing laten van de gehele regeling van de aftopping van het reiskostenforfait zou alle ongelijke behandeling beëindigen.

Een dergelijke consequentie van de geconstateerde ongelijkheid acht de Hoge Raad voorshands disproportioneel. Het ligt op de weg van de wetgever de geconstateerde ongelijkheid op te heffen. De Hoge Raad gaat ervan uit dat daartoe het in middel III aangekondigde wetsontwerp zal worden ingediend.¹³⁸

De Hoge Raad beëindigt niet de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR.¹³⁹

In augustus 1998 ligt bij de Hoge Raad opnieuw een geschil voor over een verschil in behandeling van belastingplichtigen in relatie tot het bezit van auto's. In dit geschil is de vraag aan de orde of een bepaling van de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen (Wet BPM) verenigbaar

¹³⁵ EHRM 21 februari 1997, *NJ* 1997, 580, m.nt. P.J. Boon (*Van Raalte/Nederland*).

¹³⁶ Ook het EHRM oordeelde dat het verhoogde autokostenforfait een schending van artikel 14 EVRM jo. artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM vormde, EHRM 29 januari 2002, *BNB* 2002, 126, m.nt. P.J. Wattel (*Auerbach/Nederland*).

¹³⁷ HR 15 juli 1998, *NJ* 2000, 168, m.nt. A.R. Bloembergen onder *NJ* 2000, 170; *BNB* 1998, 293, m.nt. P.J. Wattel, r.o. 3.13.

¹³⁸ HR 15 juli 1998, *NJ* 2000, 168, m.nt. A.R. Bloembergen onder *NJ* 2000, 170; *BNB* 1998, 293, m.nt. P.J. Wattel, r.o. 3.14.

¹³⁹ Het CRM verklaart in 2005 de klager in een zaak over het autokostenforfait niet-ontvankelijk, omdat het CRM oordeelt dat de ongelijke behandeling op grond van het autokostenforfait niet valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR, CRM 25 juli 2005, *BNB* 2005, 349, m.nt. P.J. Wattel (*De Vos/Nederland*).

is met artikel 26 IVBPR. Door een wijziging van de Wet BPM in 1993 is onderscheid ontstaan tussen bezitters van een enkele bestelwagen en bezitters van een omvangrijk wagenpark met bestelauto's.¹⁴⁰ Veel particulieren waren in het bezit van een bestelauto, een auto met een grijs kentekenbewijs, omdat daarvoor een lager belastingtarief was verschuldigd dan voor personenauto's. De wetswijziging had tot doel de verminderde belastinginkomsten te herstellen. Door de technische inrichtingseisen voor een bestelauto te verzwaren werd de definitie van het begrip personenauto verruimd.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is via een amendement de voorgestelde overgangsregeling die zou gelden voor alle bezitters van een gewezen bestelauto, gewijzigd naar een overgangsregeling die alleen van toepassing werd op bezitters van een omvangrijk wagenpark met gewezen bestelauto's. De Staatssecretaris van Financiën heeft de Tweede Kamer er tijdens de behandeling van het amendement op gewezen dat het door het amendement gemaakte onderscheid zou leiden tot een schending van het gelijkheidsbeginsel. Het amendement is ondanks de waarschuwing van de staatssecretaris toch aangenomen.

Het gerechtshof heeft het beroep van een belastingplichtige bezitter van slechts één gewezen bestelauto op een schending van artikel 26 IVBPR gehonoreerd. Het hof past voor de berekening van de motorrijtuigenbelasting de gunstige overgangsregeling voor bezitters van een omvangrijk wagenpark met gewezen bestelauto's toe. Het hof beëindigt de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR door aan de nationale bepaling een ruimer toepassingsbereik te geven. De overgangsregeling is niet alleen van toepassing op bezitters van een omvangrijk wagenpark met gewezen bestelauto's, maar ook op bezitters van een enkele gewezen bestelauto.

De Hoge Raad herhaalt eerst de algemene overweging dat aan de wetgever een zekere beoordelingsvrijheid toekomt bij de vraag of bepaalde gevallen

¹⁴⁰ Wet van 16 december 1993 tot wijziging van de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 in verband met verruiming van het begrip personenauto, *Stb.* 1993, 673.

Artikel 94 Grondwet toegepast

voor de toepassing van verdragen als gelijke gevallen dienen te worden beschouwd.¹⁴¹ Aansluitend overweegt de Hoge Raad:

Teneinde de ten aanzien van belanghebbende geconstateerde ongelijkheid op te heffen, heeft het Hof terecht gekozen voor gelijkstelling van het bedrag van de verschuldigde belasting met die, verschuldigd voor de auto's, ten behoeve waarvan de uitzondering in de wettelijke regeling is opgenomen. [...]

Van deze oplossing tot herstel van de ongelijkheid kan niet worden gezegd dat deze de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat.¹⁴²

De Hoge Raad beargumenteert zijn keuze door erop te wijzen dat in het oorspronkelijke regeringsvoorstel de nu toegepaste ruimere overgangsregeling was opgenomen. Deze keuze mag arbitrair worden genoemd, omdat een meerderheid van de Tweede Kamer zich door te stemmen vóór het amendement heeft uitgesproken tegen de in het oorspronkelijke wetsvoorstel opgenomen ruimere overgangsregeling. De Hoge Raad beëindigt de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de verdragsbepaling door het toepassen van een regeling die door een minderheid van de Tweede Kamer werd gesteund. Daarnaast druist deze regeling in tegen de bedoeling van de wetgever om de inkomsten uit de motorrijtuigenbelasting te verhogen. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de regering in het oorspronkelijke wetsvoorstel door het opnemen van de regeling zoals de Hoge Raad deze nu toepast, was uitgegaan van een minder verhoogde opbrengst van de motorrijtuigenbelasting. De Hoge Raad had de keuze van de meerderheid van de Tweede Kamer kunnen respecteren door te oordelen dat het bieden van een oplossing zijn rechtsvormende taak te buiten ging. Ook omdat er meerdere mogelijkheden waren om de onverenigbaarheid op te lossen. Mijns inziens gaat de Hoge Raad met het toepassen van deze regeling een stapje verder, dan hij gewoonlijk placht te doen in belastingzaken. De Hoge Raad lijkt in deze zaak het beschermen van de rechten van belastingplichtigen zoals het internationale recht die

¹⁴¹ HR 17 augustus 1998, *NJ* 2000, 169, m.nt. A.R. Bloembergen onder *NJ* 2000, 170; *BNB* 1999, 122, m.nt. B.G. van Zadelhoff onder *BNB* 1999, 123, r.o. 3.6.1.

¹⁴² HR 17 augustus 1998, *NJ* 2000, 169, m.nt. A.R. Bloembergen onder *NJ* 2000, 170; *BNB* 1999, 122, m.nt. B.G. van Zadelhoff onder *BNB* 1999, 123, r.o. 3.7.

stelt, te laten prevaleren boven zijn positie ten opzichte van de wetgever. Dit zou kunnen zijn ingegeven door het feit dat uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat tijdens de behandeling van het wetsvoorstel ter sprake is geweest dat de overgangsregeling niet verenigbaar was met artikel 26 IVBPR. Dit is een grond die de Hoge Raad een half jaar later zelf aanvoert in zijn arrest van 12 mei 1999, *BNB* 1999, 271:

Niet uitgesloten is echter dat de afweging (tussen zelf de onverenigbaarheid met de verdragsbepaling beëindigen en staatsrechtelijke terughoudendheid) anders moet uitvallen ingeval de wetgever ermee bekend is dat een bepaalde wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling in de zin van voormelde verdragsbepalingen leidt, maar nalaat zelf een regeling te treffen die de discriminatie opheft.¹⁴³

In het zojuist aangehaalde arrest van mei 1999 oordeelt de Hoge Raad dat hij de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR niet kan beëindigen, omdat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Een belastingplichtige heeft de vraag aan de orde gesteld of het door een aantal wetwijzigingen verhoogde arbeidskostenforfait niet leidt tot een verboden ongelijke behandeling binnen de groep werkenden. Het verhogen van het arbeidskostenforfait zorgt er namelijk voor dat ongelijkheid ontstaat tussen werkenden met hoge arbeidskosten en werkenden met reguliere arbeidskosten. Door een hoger arbeidskostenforfait is de tegemoetkoming voor werkenden met arbeidskosten boven het forfait lager. Dit benadeelt hen ten opzichte van werkenden met lagere arbeidskosten dan het oorspronkelijke forfait. De laatste verhoging van het arbeidskostenforfait is doorgevoerd om werkenden ten opzichte van niet-werkenden een netto-inkomensvoordeel te geven. Met het verhogen van het arbeidskostenforfait heeft de wetgever beoogd de deelname aan betaalde arbeid te stimuleren en de werkgelegenheidssituatie te verbeteren.¹⁴⁴ Door de laatste verhoging kan van de hoogte van het arbeidskostenforfait

¹⁴³ HR 12 mei 1999, *NJ* 2000, 170, m.nt. A.R. Bloembergen; *BNB* 1999, 271, m.nt. P.J. Wattel, r.o. 3.15.

¹⁴⁴ Happé 2002, p. 557.

Artikel 94 Grondwet toegepast

niet meer worden gezegd dat er is geprobeerd de werkelijke arbeidskosten te benaderen. Mede hierdoor ligt, aldus de Hoge Raad, aan de ongelijke behandeling geen objectieve rechtvaardigingsgrond ten grondslag. Dit leidt tot onverenigbaarheid met artikel 26 IVBPR. Ook het hof is tot dit oordeel gekomen. Het hof heeft de onverenigbaarheid beëindigd door de laatste verhoging van het arbeidskostenforfait buiten toepassing te laten bij de vaststelling van de belastingaanslag van de belanghebbende. Over de vierde analysevraag, of en zo ja, op welke wijze de onverenigbaarheid kan worden beëindigd, overweegt de Hoge Raad:

Dit middel stelt de Hoge Raad voor de vraag of en zo ja op welke wijze de rechter, gegeven de vaststelling dat de onderhavige wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling leidt, terzake effectieve rechtsbescherming kan bieden.

3.14. In dit geval kan een dergelijke bescherming niet daarin worden gevonden dat de discriminatoire regeling – de tegemoetkoming aan werkenden door verhoging van het arbeidskostenforfait – buiten toepassing wordt gelaten. Die oplossing zou immers belanghebbende niet baten. Dat doet de vraag rijzen of de rechter de effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien dan wel of hij zulks vooralsnog aan de wetgever dient over te laten. In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.

3.15. Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14

bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied. Niet uitgesloten is echter dat de afweging anders moet uitvallen ingeval de wetgever ermee bekend is dat een bepaalde wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling in de zin van voormelde verdragsbepalingen leidt, maar nalaat zelf een regeling te treffen die de discriminatie opheft.¹⁴⁵

Als het buiten toepassing laten van de nationale bepaling geen soelaas biedt, dan dient de rechter twee belangen tegen elkaar af te wegen: het beschermen van de rechten van belanghebbenden tegenover zijn positie in de staatsrechtelijke verhoudingen. De rechter kan zelf de onverenigbaarheid beëindigen als daarvoor in het stelsel van de wet en de wetsgeschiedenis voldoende aanknopingspunten zijn. Als dit niet het geval is en er zijn meerdere oplossingen mogelijk waarbij de keuze mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of keuzes van rechtspolitieke aard vragen, zal de rechter de keuze vooralsnog aan de wetgever laten. De afweging van de rechter kan anders uitvallen als de wetgever op de hoogte is van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling in wettelijke regelingen, maar geen actie onderneemt om de discriminatie op te heffen.¹⁴⁶

In januari 2001 vecht een belastingplichtige bij de vaststelling van zijn belastingaanslag over het jaar 1991 opnieuw de bijtelling van het verhoogde autokostenforfait bij zijn belastbaar inkomen aan. Het hof heeft onder verwijzing naar het Autokostenforfaitarrest van de Hoge Raad uit juli 1998 de stelling van de belastingplichtige verworpen dat de nationale bepaling wegens onverenigbaarheid met artikel 26 IVBPR buiten toepassing dient te worden gelaten.

In cassatie voert belanghebbende ter bestrijding van dit oordeel aan dat de belastingrechter bedoelde regeling thans wèl buiten toepassing dient te

¹⁴⁵ HR 12 mei 1999, *NJ* 2000, 170, m.nt. A.R. Bloembergen; *BNB* 1999, 271, m.nt. P.J. Wattel, r.o. 3.13-3.15.

¹⁴⁶ HR 12 mei 1999, *NJ* 2000, 170, m.nt. A.R. Bloembergen; *BNB* 1999, 271, m.nt. P.J. Wattel, r.o. 3.15; zie boven.

Artikel 94 Grondwet toegepast

laten, omdat de wetgever in gebreke is gebleven tijdig een wetsvoorstel in te dienen om de geconstateerde rechtsongelijkheid op te heffen.¹⁴⁷

De Hoge Raad bevestigt de uitspraak van het hof. Hoewel het opheffen van de rechtsongelijkheid door de wetgever langer dan gewenst op zich laat wachten, ziet de Hoge Raad nog geen gronden om de bestreden bepaling buiten toepassing te laten. Het feit dat de wetgever heeft aangegeven, dat hij meerdere regelingen in één keer via een algemene herziening wil aanpakken, en een aantal andere omstandigheden zijn voor de Hoge Raad voldoende om de afweging van 1998 nog niet anders te laten uitvallen.¹⁴⁸

Een van deze omstandigheden is dat de wetgever via een algemene herziening probeert te voorkomen, dat de regeling binnen korte tijd twee keer ingrijpend moet worden gewijzigd. Opnieuw worden de rechten van de belastingplichtige, in het licht van de eisen die het internationale recht stelt, onvoldoende beschermd. De Hoge Raad stelt zich opnieuw zeer terughoudend op ten opzichte van de wetgever. Zeker als daarbij in ogenschouw wordt genomen dat de Hoge Raad al in 1995 in een overweging ten overvloede heeft aangegeven, dat de regeling van het autokostenforfait niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR.¹⁴⁹ De Hoge Raad gebruikt strenge woorden als hij aangeeft dat de wetswijziging langer dan wenselijk op zich laat wachten, maar hij verbindt hier geen consequenties aan.

Of deze opstelling van de Hoge Raad waardoor hij de rechten van partijen onvoldoende beschermt, zijn positie ten opzichte van de wetgever ten goede komt, moet worden betwijfeld. Van de opstelling van de Hoge Raad ten opzichte van de wetgever kan worden gezegd dat de rechter door zijn terughoudendheid het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht grotendeels aan de wetgever heeft gelaten. Een doortastender houding van de rechter lijkt noodzakelijk en gerechtvaardigd als de rechter de wetgever, zoals in casu, al eerder duidelijk heeft gemaakt dat ingrijpen van de wetgever wordt verlangd.

¹⁴⁷ HR 24 januari 2001, *BNB* 2001, 291, m.nt. R.H. Happé onder *BNB* 2001, 292, r.o. 3.1.

¹⁴⁸ HR 24 januari 2001, *BNB* 2001, 291, m.nt. R.H. Happé onder *BNB* 2001, 292, r.o. 3.2.2.

¹⁴⁹ HR 22 maart 1995, *BNB* 1995, 140.

In augustus 2001 oordeelt de Hoge Raad over de verenigbaarheid van een bepaling van de Successiewet 1956 met artikel 26 IVBPR. Nadat hij heeft vastgesteld dat de bepaling onderscheid maakt tussen gelijke gevallen en dat voor dit onderscheid geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgronden bestaan, overweegt de Hoge Raad:

Een en ander leidt tot het oordeel dat de fictiebepaling van artikel 15, lid 1, van de Wet hier leidt tot een door artikel 26 IVBPR verboden discriminatie doordat een ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt tussen daarin vermelde bloed- en aanverwanten die geen erfgenaam of erfrechtelijk verkrijger van de erflater zijn en willekeurige derden.

3.10. In dit geval kan door de rechter effectieve rechtsbescherming worden geboden door de discriminatoire regeling buiten toepassing te laten. Daartoe zal de Hoge Raad overgaan, waarbij in aanmerking wordt genomen dat [...] uitgesloten moet worden geacht dat de wetgever, zich bewust van de in het voorgaande geconstateerde discriminatie, ertoe zou besluiten de werking van de fictiebepaling uit te breiden tot willekeurige derden die tegen een zakelijk bepaalde tegenprestatie een transactie aangaan met een wederpartij die binnen een jaar nadien komt te overlijden, zulks te meer nu de Werkgroep modernisering successiewetgeving [...] in haar rapport van 13 maart 2000 heeft voorgesteld de fictiebepaling geheel te laten vervallen.¹⁵⁰

De Hoge Raad beantwoordt de derde analysevraag, anders dan het hof, positief.¹⁵¹ Hij beëindigt de onverenigbaarheid door de nationale bepaling die ongeoorloofd onderscheid maakt tussen gelijke gevallen, buiten toepassing te laten. Hij oordeelt, anders dan de advocaat-generaal,¹⁵² dat hij de onverenigbaarheid zelf kan beëindigen, omdat evident is hoe de wetgever de bepaling zal aanpassen. Dit oordeel van de Hoge Raad mag tamelijk activistisch worden genoemd, omdat er op het moment van het arrest van de Hoge Raad nog geen wetsvoorstel ter wijziging van de Successiewet 1956 was ingediend.

¹⁵⁰ HR 10 augustus 2001, *BNB* 2001, 400, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 3.9-3.10.

¹⁵¹ HR 10 augustus 2001, *BNB* 2001, 400, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 4.1.5-4.1.7.

¹⁵² HR 10 augustus 2001, *BNB* 2001, 400, m.nt. J.W. Zwemmer, conclusie A-G onder 5.

Afronding

De Hoge Raad beantwoordt in de periode 1988 – 2001 de eerste en de tweede analysevraag of artikel 26 IVBPR een ieder verbindend is en of het belastingrecht valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR, positief vanaf het eerste arrest waarin hij zich gesteld ziet voor een beroep op een schending van artikel 26 IVBPR. De Hoge Raad wijdt aan de eerste en de tweede analysevraag geen rechtsoverwegingen waarin hij de doorwerking van artikel 26 IVBPR in het belastingrecht in twijfel trekt. Het is voor de Hoge Raad kennelijk evident dat ook het belastingrecht onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR valt.¹⁵³

Bij de beantwoording van de derde analysevraag – Is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR? – kiest de Hoge Raad een terughoudende opstelling. In zijn eerste arrest komt dit tot uitdrukking in het oordeel dat de nationale bepaling niet duidelijk in strijd komt met artikel 26 IVBPR. In latere uitspraken zegt de Hoge Raad expliciet dat de wetgever een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van gelijke gevallen en of er sprake is van redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden voor het maken van onderscheid tussen gelijke gevallen. De Hoge Raad sluit met het toekennen van een zekere beoordelingsvrijheid aan de wetgever aan bij de uitspraken van het EHRM over het belastingrecht. De Hoge Raad toetst slechts marginaal of de nationale bepaling niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR.

Hoe de rechter moet omgaan met de vierde analysevraag – Beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR? Zo ja, op welke wijze? – beschrijft de Hoge Raad expliciet in het Arbeidskostenforfaitarrest. Als het stelsel van de wet of de wetsgeschiedenis voldoende aanknopingspunten biedt om de onverenigbaarheid te beëindigen, dan mag en moet de rechter de onverenigbaarheid beëindigen. In de geanalyseerde rechtspraak zijn een aantal arresten besproken, waarin de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met artikel 26 IVBPR heeft beëindigd, bijvoorbeeld het Griffierechtarrest en het arrest

¹⁵³ Happé 1999, p. 18.

Grijze kentekens. Als het stelsel van de wet of de wetsgeschiedenis niet voldoende houvast biedt en er meerdere oplossingen mogelijk zijn om de onverenigbaarheid te beëindigen, en die oplossingen vergen overwegingen van overheidsbeleid of rechtspolitieke keuzes, dan zal de rechter de oplossing aan de wetgever moeten laten. Dit was bijvoorbeeld het geval in het Autokostenforfaitarrest en in het Arbeidskostenforfaitarrest.

Waar mogelijk biedt de Hoge Raad dus een oplossing om de nadelige gevolgen van de onverenigbaarheid zoveel mogelijk teniet te doen. In deze uitspraken bewaart en bewaakt de Hoge Raad, naar mijn mening, zo optimaal mogelijk het precaire evenwicht tussen het beschermen van de rechten van belastingplichtigen volgens de eisen van het internationale recht en zijn positie ten opzichte van de wetgever. De regering denkt hier aan het einde van de vorige eeuw anders over, zoals blijkt uit de uitlatingen van de Minister en Staatssecretaris van Financiën in een verkenning over de belastingen in de 21^e eeuw:

In wezen beperkt deze lijn in de belastingrechtspraak de mogelijkheden van de wetgever om bepaalde beleidsinstrumenten te gebruiken. [...] De mate waarin de rechter in plaats van de wetgever grenzen zou stellen aan het gebruik van het belastingrecht als beleidsinstrument voor speerpunten van het regeringsbeleid is een aangelegenheid die raakt aan de inrichting van ons staatsbestel.¹⁵⁴

5.4.2 De periode vanaf 2002

In 2002 wijzigt de Hoge Raad zijn standpunt over de mate van beoordelingsvrijheid die aan de wetgever toekomt. In de Kinderopvangarresten gunt de Hoge Raad aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid, waar hij tot die tijd sprak over een zekere beoordelingsvrijheid:

Bij de beantwoording van de vraag of door dit verschil tussen de voorwaarden voor belastingvrije vergoeding in de loonbelasting enerzijds en voor aftrek als buitengewone last in de inkomstenbelasting anderzijds

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 810, nr. 2, p. 35; zie ook Happé 1999, p. 51 en Vermeend 1999, p. 41-43.

Artikel 94 Grondwet toegepast

sprake is van een met de vermelde verdragsbepalingen strijdige ongelijke behandeling, moet worden vooropgesteld dat die bepalingen niet iedere ongelijke behandeling van gelijke gevallen verbieden, doch alleen die welke als discriminatie moet worden beschouwd omdat een redelijke en objectieve rechtvaardiging ervoor ontbreekt. Hierbij verdient opmerking dat op fiscaal gebied aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij het beantwoorden van de vraag of gevallen voor de toepassing van de bedoelde verdragsbepalingen als gelijk moeten worden beschouwd, en of, in het bevestigende geval, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om die gevallen niettemin in verschillende zin te regelen.¹⁵⁵

De Hoge Raad onderbouwt zijn aangepaste standpunt over de mate van beoordelingsvrijheid van de wetgever met een verwijzing naar een uitspraak van het EHRM. In 1999 kent het EHRM op het gebied van de belastingheffing aan de lidstaten niet meer een ‘margin of appreciation’ maar een ‘wide margin of appreciation’ toe bij de beoordeling van de vraag of een gemaakt onderscheid is gerechtvaardigd.¹⁵⁶ De opstelling van de Hoge Raad is vanaf 2002 terughoudender dan in de arresten over het autokosten- en het arbeidskostenforfait in de jaren ’90 van de vorige eeuw.

In 2005 oordeelt de Hoge Raad over de vraag of een bepaling van de Wet Inkomstenbelasting 2001, de opvolger van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964, verenigbaar is met artikel 26 IVBPR. De wetgever heeft in de nieuwe wet de mogelijkheid om arbeidskosten af te trekken afgeschaft voor belastingplichtigen met inkomsten uit een dienstbetrekking. Deze afschaffing heeft tot gevolg dat er onderscheid is ontstaan tussen werknemers die van hun werkgever arbeidskosten of een deel daarvan belastingvrij vergoed krijgen en werknemers bij wie dit niet het geval is.

¹⁵⁵ HR 12 juli 2002, *BNB* 2002, 399, r.o. 3.10 en HR 12 juli 2002, *BNB* 2002, 400, m.nt. R.H. Happé, r.o. 3.4. Deze uitspraken worden niet nader besproken, omdat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de bestreden bepaling niet onverenigbaar is met artikel 26 IVBPR.

¹⁵⁶ EHRM 22 juni 1999, *BNB* 2002, 398, m.nt. R.H. Happé onder *BNB* 2002, 400 (*Della Cija/Italië*); zie ook Hemels 2011, p. 36.

In dit geschil oordeelt de Hoge Raad dat de wetgever de aan hem toegekende ruime beoordelingsvrijheid niet heeft overschreden, waardoor het gemaakte onderscheid niet onverenigbaar is met artikel 26 IVBPR:

Het voorgaande in samenhang bezien leidt tot het oordeel dat de wetgever zonder overschrijding van de [...] ruime beoordelingsvrijheid heeft kunnen menen dat, voorzover hier al sprake is van gelijke gevallen, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat [...]. 's Hofs andersluidende oordeel is derhalve onjuist.¹⁵⁷

Het Gerechtshof Amsterdam heeft zich anders uitgesproken. Het hof heeft het gemaakte onderscheid niet verenigbaar geoordeeld met artikel 26 IVBPR, omdat het hof de door de wetgever aangevoerde argumenten voor het gemaakte onderscheid onvoldoende heeft geacht. Het hof heeft de onverenigbaarheid niet beëindigd, omdat dit naar zijn oordeel zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.¹⁵⁸

Een jaar later oordeelt de Hoge Raad over een vrijwel identieke uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam in een geschil over een bepaling van de ZFW. In de ZFW wordt bij de berekening van de hoogte van de verplichte premie onderscheid gemaakt tussen zelfstandigen en werknemers. Een zelfstandige heeft de vaststelling van de hoogte van zijn belastingaanslag over het jaar 2001 aangevochten met de stelling dat het gemaakte onderscheid jegens hem een schending van artikel 26 IVBPR oplevert. Hij wordt door de bepaling in de ZFW nadeliger behandeld dan werknemers. Het hof volgt de belastingplichtige in zijn stelling en komt tot het oordeel dat het gemaakte onderscheid niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR, een positief antwoord op de derde analysevraag. Aansluitend volgt het hof bij de beantwoording van de vierde analysevraag of het gemaakte onderscheid door het hof kan worden beëindigd, de lijn van het Arbeidskostenforfaitarrest uit mei 1999. Volgens het hof zijn meerdere oplossingen denkbaar die echter niet stroken met het beleid van de wetgever, dan wel

¹⁵⁷ HR 8 juli 2005, *BNB* 2005, 310, m.nt. R.H. Happé, r.o. 5.6.

¹⁵⁸ HR 8 juli 2005, *BNB* 2005, 310, m.nt. R.H. Happé, hof, r.o. 5.13-5.14.

Artikel 94 Grondwet toegepast

niet passen in het systeem van de ZFW. Dit brengt het hof tot het oordeel dat hier sprake is:

... van zodanige, aan de wetgever voorbehouden, overwegingen van overheidsbeleid en rechtspolitieke aard, dat het Hof het bestaande ongeoorloofde onderscheid niet kan opheffen zonder zich in die overwegingen te begeven, reden waarom het Hof daartoe niet zal overgaan. Daartoe is te meer grond gelegen in de omstandigheid dat de Staten-Generaal inmiddels een wetsvoorstel hebben aanvaard, strekkende tot vaststelling van de Zorgverzekeringswet, welke wet een volksverzekering behelst en derhalve een onderscheid als hier in het geding is niet kent.¹⁵⁹

Het beroep van de belastingplichtige op de schending van artikel 26 IVBPR is gegrond, maar toch wordt het beroep ongegrond verklaard, omdat de belastingaanslag niet lager kan worden vastgesteld.¹⁶⁰

De Hoge Raad laat het oordeel of de bepaling van de ZFW niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR in het midden, maar mocht dat zo zijn, dan onderschrijft de Hoge Raad het oordeel van het hof dat het aan de wetgever is om de onverenigbaarheid te beëindigen.

3.2. Het Hof heeft geoordeeld dat dit onderscheid in heffingsgrondslag een ongeoorloofd onderscheid is in de zin van artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR.

3.3. [...] Een en ander afwegend is er naar het oordeel van het Hof hier sprake van zodanige, aan de wetgever voorbehouden, overwegingen van overheidsbeleid en rechtspolitieke aard, dat het Hof het bestaande ongeoorloofde onderscheid niet kan opheffen zonder zich in die overwegingen te begeven, reden waarom het Hof daartoe niet zal overgaan. Daartoe is te meer grond gelegen in de omstandigheid dat de Staten-Generaal inmiddels een wetsvoorstel hebben aanvaard, strekkende tot vaststelling van de Zorgverzekeringswet, welke wet een volksverzekering behelst en derhalve een onderscheid als hier in het geding is niet kent.

3.4. Al aangenomen dat het hiervoor in 3.2 weergegeven oordeel juist is, voor dat geval onderschrijft de Hoge Raad het hiervoor in 3.3 weergegeven oordeel, alsmede de gronden die het Hof daartoe heeft gebezigd.¹⁶¹

¹⁵⁹ HR 11 augustus 2006, *BNB* 2006, 322, m.nt. R.H. Happé, hof, r.o. 5.10.

¹⁶⁰ HR 11 augustus 2006, *BNB* 2006, 322, m.nt. R.H. Happé, hof, r.o. 5.11.

De twee laatst besproken arresten van de Hoge Raad zijn illustratief voor de uitspraken van de Hoge Raad wanneer in de 21^e eeuw bij de belastingkamer een beroep wordt gedaan op een schending van artikel 26 IVBPR. De Hoge Raad grijpt steeds terug naar de Kinderopvangarresten uit 2002 waarin hij heeft geformuleerd, dat aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. De Hoge Raad heeft na augustus 2001¹⁶² niet meer geoordeeld dat een nationale bepaling van een belastingwet niet verenigbaar is met artikel 26 IVBPR.¹⁶³

Afronding

Vanaf 2002 stelt de Hoge Raad zich bij de beantwoording van de derde analysevraag terughoudender op dan voor die tijd. De Hoge Raad vergroot bij het bepalen of sprake is van gelijke gevallen en van objectieve en redelijke rechtvaardigingsgronden voor het maken van onderscheid tussen gelijke gevallen de zekere beoordelingsvrijheid voor de wetgever tot een ruime beoordelingsvrijheid. De Hoge Raad volgt met het toekennen van een ruimere beoordelingsmarge aan de wetgever het oordeel van het EHRM.

De Hoge Raad komt in deze periode niet meer toe aan de vierde analysevraag, omdat door het toekennen van een ruimere beoordelingsmarge aan de wetgever het antwoord op de derde analysevraag steeds negatief is. Het is echter wel goed om bij deze constatering op te merken dat het regelmatig voorkomt, en dat is ook in de besproken rechtspraak terug te zien, dat het oordeel van het hof, de conclusie van de advocaat-generaal en het oordeel van de Hoge Raad van elkaar verschillen. De eenheid van de rechtspraak bij het oordeel over de verenigbaarheid van nationale belastingbepalingen met artikel 26 IVBPR is niet altijd evident. De zeer terughoudende opstelling van de Hoge Raad bij de beantwoording van de derde

¹⁶¹ HR 11 augustus 2006, *BNB* 2006, 322, m.nt. R.H. Happé, r.o. 3.2-3.4.

¹⁶² HR 10 augustus 2001, *BNB* 2001, 400, m.nt. J.W. Zwemmer.

¹⁶³ Niessen 2009, p. 7; zie bijvoorbeeld: HR 2 maart 2007, *BNB* 2007, 240, m.nt. E.J.W. Heithuis onder *BNB* 2007, 239; HR 9 mei 2008, *BNB* 2008, 188 en 189; HR 9 oktober 2009, *BNB* 2010, 77, m.nt. P.H.J. Essers; HR 10 september 2010, *BNB* 2011, 65, m.nt. B.A. van Brummelen; HR 7 januari 2011, *BNB* 2011, 97.

Artikel 94 Grondwet toegepast

analysevraag en de principiële houding van de Hoge Raad bij de beantwoording van de vierde analysevraag zijn signalen die aangeven dat de belastingkamer van de Hoge Raad veel ruimte laat aan de wetgever. In hoeverre dit mede een gevolg is van de kritische opstelling van de regering, een onderdeel van de wetgevende macht, is moeilijk te zeggen. Wel kan worden gezegd dat de rechten van belanghebbenden zoals vastgelegd in verdragsbepalingen, door de opstelling van de Hoge Raad wellicht onvoldoende worden beschermd.¹⁶⁴ Zeker als de belastingwetgever veel tijd laat verstrijken voordat hij nationale bepalingen die niet verenigbaar zijn met een ieder verbindende verdragsbepalingen, door nieuwe wetgeving vervangt. Bij dit trage handelen van de wetgever en de pleidooien voor terughoudendheid van de regering in de richting van de rechter kan de vraag worden gesteld in hoeverre de wetgever zijn staatsrechtelijke positie ten opzichte van de rechtsprekende macht overschat.

5.5 Tot besluit

In dit hoofdstuk is de jurisprudentie in een aantal rechtsgebieden van het publiekrecht vanaf 1980 bestudeerd. De uitspraken over de Krankzinnigenwet hebben laten zien dat als het ware door de tekst van de uitspraken heen moet worden gekeken naar het resultaat van de uitspraken. Opvallend was de sterk verschillende motivering in twee uitspraken van de Hoge Raad uit 1983. In de ene uitspraak motiveerde de Hoge Raad zijn oordeel vanuit de gelding van het internationale recht en in de andere uitspraak was het oordeel gemotiveerd vanuit de gelding van het nationale recht. Deze beide manieren van motiveren doen denken aan het verschil in formulering tussen het oorspronkelijke en het gewijzigde amendement van het toetsingsartikel bij de grondwetswijziging van 1953. Het oorspronkelijke amendement was door de indieners gemotiveerd vanuit de gelding van het internationale recht, terwijl het gewijzigde amendement met de zinsnede ‘vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met’, was geformuleerd vanuit de gelding van het nationale

¹⁶⁴ Niessen 2009, p. 7 en 11.

recht.¹⁶⁵ Voor het vaststellen van de wijzen waarop de rechter invulling geeft aan zijn bevoegdheden bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht, is het resultaat van de uitspraak doorslaggevend. Wel kan worden gezegd dat de rechter door het kiezen van een motivering geformuleerd vanuit de gelding van het nationale recht een welwillender houding aanneemt ten opzichte van de wetgever. Anderzijds zou de formulering vanuit de gelding van het internationale recht ook kunnen worden uitgelegd als een helder signaal aan de wetgever.

Bij de analyse van de rechtspraak over de geoorloofdheid van het onderscheid naar geslacht in het sociaalzekerheidsrecht is naar voren gekomen dat de CRvB zich vrijwel voortdurend terughoudend opstelt bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. Eerst door, met voorbijgaan aan artikel 26 IVBPR, te oordelen dat in Nederland geen bepalingen van internationaal of supranationaal recht van kracht zijn die betekenis hebben op het terrein van het sociaalzekerheidsrecht. Aansluitend door te oordelen dat het sociaalzekerheidsrecht niet valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR. En ten slotte door de werking van artikel 26 IVBPR te vertragen door te oordelen dat dit artikel later dan de datum van inwerkingtreding in Nederland verbindende kracht krijgt in het sociaalzekerheidsrecht. De CRvB past in deze uitspraken artikel 93 van de Grondwet naar mijn mening onjuist toe. De veranderde houding van de CRvB over de werking van artikel 26 IVBPR in het sociaalzekerheidsrecht lijkt meer te zijn beïnvloed door het Comité voor de rechten van de mens dan door de maatschappelijke ontwikkelingen in ons land.

In 1988 verlaat de CRvB kortstondig zijn terughoudende opstelling bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht ten aanzien van het maken van onderscheid naar geslacht. Hij oordeelt dan een aantal maal dat de gunstige wettelijke regeling ook van toepassing is op personen van het andere geslacht.

¹⁶⁵ Par. 2.3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Ook bij het oordelen over de geoorloofdheid van het onderscheid naar burgerlijke staat stelt de CRvB zich terughoudend op. Er is echter wel een belangrijk verschil tussen de uitspraken over het onderscheid naar burgerlijke staat en de uitspraken over het onderscheid naar geslacht. Volgens de internationale maatstaven is het onderscheid naar burgerlijke staat niet in strijd met het internationale recht. Er is echter een reden om deze uitspraken toch enigszins terughoudend te noemen. In sommige delen van het sociaalzekerheidsrecht was het onderscheid naar burgerlijke staat al door de wetgever opgeheven, terwijl dit in andere delen van het sociaalzekerheidsrecht nog niet het geval was. Dit al of niet opgeheven onderscheid vormde een bedreiging voor de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. De CRvB zou bij het beëindigen van de rechtsongelijkheid en het bevorderen van de rechtseenheid en rechtszekerheid wellicht een actievere rol hebben kunnen spelen.

Samengevat kan worden gezegd dat de CRvB het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht ten aanzien van het onderscheid naar geslacht en burgerlijke staat vrijwel geheel heeft overgelaten aan de wetgever. De terughoudende opstelling van de CRvB heeft erin geresulteerd dat de rechten van burgers in een aantal gebieden van het sociaalzekerheidsrecht onvoldoende zijn beschermd naar de eisen van het internationale recht.

Ook de belastingrechter stelt zich bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale recht met het internationale recht van meet af aan terughoudend op. Deze terughoudende opstelling hangt samen met de zekere beoordelingsvrijheid van de wetgever bij het beantwoorden van de vragen of er sprake is van gelijke gevallen en of er redelijke en objectieve rechtvaardigingsgronden bestaan voor een ongelijke behandeling van gelijke gevallen. De belastingrechter volgt met dit standpunt de rechtspraak van het EHRM. Als het EHRM de 'margin of appreciation' uitbreidt naar een 'wide margin of appreciation', neemt de Hoge Raad dit over door de wetgever een ruimere beoordelingsmarge te geven.

Nadat in 2002 aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid is toegekend, oordeelt de Hoge Raad niet meer dat nationale bepalingen niet ver-

enigbaar zijn met artikel 26 IVBPR. In de periode vóór 2002, toen aan de wetgever nog een zekere beoordelingsvrijheid toekwam, heeft de Hoge Raad wel een aantal malen beslist dat het nationale recht niet verenigbaar was met het internationale recht. De Hoge Raad heeft in die gevallen de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht beëindigd als het stelsel van de wet of de wetsgeschiedenis hiervoor voldoende aanknopingspunten bood. Als dit niet het geval was en de onverenigbaarheid kon op meerdere manieren worden beëindigd, waarbij voor een keuze overwegingen van overheidsbeleid of rechtspolitieke aard noodzakelijk waren, dan heeft de Hoge Raad het beëindigen van de onverenigbaarheid aan de wetgever gelaten.

De Hoge Raad heeft in het Arbeidskostenforfaitarrest overwogen dat de afweging tussen het bieden van effectieve rechtsbescherming en het aan de wetgever laten van het beëindigen van de onverenigbaarheid anders zou kunnen uitvallen, als de wetgever niet binnen een redelijke termijn via een nieuwe regeling de discriminatie opheft.

In de geanalyseerde rechtspraak hebben de Hoge Raad en de CRvB die de wetgever ook een keer op termijn heeft gesteld, de afweging nog nooit laten uitvallen ten gunste van het bieden van effectieve rechtsbescherming en dus ten nadele van de wetgever. De Hoge Raad en de CRvB hebben geoordeeld dat de redelijke termijn na ongeveer drie jaar nog niet was verlopen. De Raad van Beroep in ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen heeft wel een keer geoordeeld dat de redelijke termijn voor de wetgever na ruim drie jaar was verstreken. Ook dit is een voorbeeld van de activistischer houding van de Antilliaanse rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

In alle drie de rechtsgebieden van het publiekrecht waaruit jurisprudentie is besproken, heeft de wetgever al of niet in reactie op de uitspraken van de rechter nieuwe wetgeving tot stand gebracht. Soms was deze wetgeving al in voorbereiding en konden de consequenties van de jurisprudentie worden geïncorporeerd. Soms deed de regering tijdens de procedure een toezegging om nieuwe wetgeving te ontwerpen. In grote lijnen kan de nieuwe wetgeving de toets van de verenigbaarheid met het internationale

Artikel 94 Grondwet toegepast

recht doorstaan. Als dit niet het geval is, blijkt de rechter, zoals we ook in het vorige hoofdstuk hebben gezien, niet te schromen de nationale bepalingen zo toe te passen dat deze toepassing verenigbaar is met het internationale recht. De rechter motiveert deze aanpassing van de toepassing met een verwijzing naar de bedoeling van de wetgever die met de nieuwe wetgeving heeft beoogd de onverenigbaarheid te beëindigen. Zo kan recente wetgeving waarbij de bedoeling van de wetgever duidelijk is weergegeven en nog actueel is, aan de rechter houvast bieden om eventuele nog bestaande of nieuw ontstane onverenigbaarheid te kunnen beëindigen.

Bij de jurisprudentie op het gebied van het belastingrecht en in mindere mate op het gebied van het sociaalzekerheidsrecht is zichtbaar geworden dat de wetgever ook door lang stil zitten of door weinig voortvarend handelen de staatsrechtelijke verhoudingen onder druk kan zetten. De rechter komt dan in een positie die hem vanuit het perspectief van de staatsrechtelijke verhoudingen slecht past.

6 Conclusies

6.1 Inleiding

In dit afsluitende hoofdstuk zullen de resultaten van de deelonderzoeken naar de grondwetsgeschiedenis en de rechtspraak in onderlinge samenhang worden beschreven. Door een samenhangende beschrijving wordt inzicht verkregen in de wijzen waarop de rechter invulling geeft aan zijn bevoegdheden bij het beoordelen van de verenigbaarheid en bij het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht in verhouding tot de betekenis en de bedoeling van het toetsingsartikel.

De grondwetsgeschiedenis laat zich onderscheiden in twee perioden. Het in de Grondwet opnemen van het toetsingsartikel markeert de scheiding tussen beide perioden.

In de volgende paragraaf, paragraaf 6.2, worden de resultaten van het onderzoek naar de eerste periode, de periode tot 1953, beschreven. Het onderzoek heeft getoond dat de rol die de rechter zichzelf toedeelt bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht in deze periode zeer gering is.

Paragraaf 6.3 is gereserveerd voor een beschrijving van de onderzoeksresultaten uit de periode dat in de Grondwet een toetsingsartikel is opgenomen. Het onderzoek heeft laten zien dat de rechter bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht na het opnemen van het toetsingsartikel in de Grondwet, een grotere rol is gaan vervullen en dat hij ook invulling is gaan geven aan zijn bevoegdheid bij het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

6.2 De periode dat in de Grondwet geen toetsingsartikel is opgenomen

Tot 1953 is in de Grondwet geen bepaling opgenomen die de bevoegdheid van de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het

Artikel 94 Grondwet toegepast

ationale met het internationale recht regelt. De bevoegdheid van de rechter om oudere wetten te toetsen aan jongere verdragen is, hoewel niet opgenomen in de Grondwet, algemeen aanvaard. Over het antwoord op de vraag of de rechter ook bevoegd is om jongere wetten te toetsen aan oudere verdragen heerst tot 1953 grote onduidelijkheid.

De periode dat in de Grondwet geen toetsingsartikel is opgenomen, 1814 – 1952, valt bij de analyse van de rechtspraak uiteen in twee delen. In de periode tot 1919 wordt de Hoge Raad slechts geroepen om te oordelen over de verenigbaarheid van oudere wetten met jongere verdragen. Vanaf 1919 worden aan de Hoge Raad ook geschillen voorgelegd waarin hij over de verenigbaarheid van jongere wetten met oudere verdragen dient te oordelen.

6.2.1 De periode 1814 – 1918

In de periode 1814 – 1918 hoeft de Hoge Raad alleen te oordelen over geschillen waarin vragen worden gesteld over de verenigbaarheid van oudere wettelijke bepalingen met jongere verdragen. De Hoge Raad spreekt in deze periode steeds uit dat verdragen die volgens de grondwettelijke regels zijn gesloten en bekrachtigd, ‘kracht van wet’ hebben in de nationale rechtsorde. Dit heeft tot gevolg dat oudere wettelijke bepalingen hun rechtskracht kunnen verliezen als zij in strijd zijn met jongere verdragsbepalingen. De Hoge Raad onderstreept met dit oordeel dat er consensus bestaat over de rechtskracht van jongere verdragen in relatie tot oudere wetten. Overigens oordeelt de Hoge Raad in deze periode geen enkele keer dat er daadwerkelijk sprake is van onverenigbaarheid van een oudere wet met een jonger verdrag. De bepalingen van de nationale en de internationale rechtsorde kunnen daardoor steeds naast elkaar bestaan en worden toegepast. De Hoge Raad volgt met deze uitspraken het oordeel van de wetgever over de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

6.2.2 De periode 1919 – 1952

In het tweede deel van de periode dat in de Grondwet nog geen toetsingsartikel is opgenomen, de periode 1919 – 1952, wordt aan de Hoge Raad diverse malen de vraag voorgelegd of een bepaling van een jongere wet verenigbaar is met een oudere verdragsbepaling. In 1919, in de eerste uitspraak waarin de Hoge Raad oordeelt over de verenigbaarheid van een jongere nationale bepaling met een oudere verdragsbepaling, motiveert de Hoge Raad zijn oordeel vanuit de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. Deze presumptie houdt in dat de rechter ervan uit mag gaan, dat de wetgever geen wettelijke bepalingen tot stand heeft gebracht die niet stroken met al bestaande verdragsbepalingen. De rechter mag aannemen dat de wetgever bij het tot stand brengen van wetten zich ervan heeft vergewist, dat de nieuwe wettelijke bepalingen verenigbaar zijn met verdragen waaraan ons land is gebonden. Het beoordelen van de verenigbaarheid van een jongere wet in formele zin met een ouder verdrag laat de Hoge Raad op deze manier aan de wetgever. In de uitspraak van 1919 formuleert de Hoge Raad wel een voorbehoud op de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. Als de tekst van de nationale bepaling dwingt tot afwijken van een verdrag, dan mag de rechter niet langer uitgaan van de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. De rechter mag dan niet meer aannemen dat de wetgever niet heeft willen afwijken van het verdrag. In de loop van de periode formuleert de Hoge Raad nog een tweede voorbehoud op de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. De rechter mag ook niet vasthouden aan de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving als uit de wetsgeschiedenis expliciet blijkt dat de wetgever heeft willen afwijken van een verdrag. In de periode 1919 – 1952 redeneert de Hoge Raad in nagenoeg al zijn uitspraken over de verenigbaarheid van jongere wettelijke bepalingen met oudere verdragsbepalingen vanuit de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving. De Hoge Raad hoeft in deze periode de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving niet te verlaten. Hij oordeelt steeds dat de wetgever geen enkele maal heeft aangegeven noch in de tekst van de wet, noch in de wetsgeschiedenis dat hij wetten in

Artikel 94 Grondwet toegepast

formele zin heeft aangenomen die dwingen tot het afwijken van verdragen. De Hoge Raad lijkt de door hem zelf geformuleerde voorbehouden op de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving uitermate restrictief toe te passen. Dit wil niet zeggen dat de Hoge Raad geen enkele invloed uitoefent op de doorwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde. Door een extensieve toepassing van de nationale bepaling verkleint de Hoge Raad een enkele keer de doorwerking van het internationale recht. Andersom effectueert hij door een restrictieve toepassing van de nationale bepaling de doorwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde.

Wel kan worden gezegd dat de Hoge Raad door zijn keuze voor de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving ook in deze periode het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht in beginsel aan de wetgever laat.

6.3 De periode dat in de Grondwet een toetsingsartikel is opgenomen

Het onderzoek naar de grondwetsgeschiedenis van het toetsingsartikel heeft getoond dat de bevoegdheden van de rechter bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht in de Grondwet in een zeer korte periode tot stand zijn gebracht. In 1953 werden deze bevoegdheden voor de rechter via het toetsingsartikel in de Grondwet opgenomen, waarna in 1956 een beperking op de toetsingsbevoegdheid werd aangebracht.

Het toetsingsartikel, het huidige artikel 94 van de Grondwet, kent aan de rechter de bevoegdheid toe om alle binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Als de rechter oordeelt dat de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde verdragsbepaling, dan dient de rechter de nationale bepaling geen toepassing te laten vinden.

Ook de periode dat in de Grondwet een toetsingsartikel is opgenomen, laat zich na de analyse van de rechtspraak in tweeën delen. De periode tot ongeveer 1980 kan worden omschreven als het tijdvak waarin de rechter zijn rol bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht begint uit te breiden. De rechter toetst steeds vaker of een nationale bepaling verenigbaar is met een verdragsbepaling. De uitkomst van deze toetsing is nog vrijwel altijd dat het nationale recht niet onverenigbaar is met het internationale recht. Door deze uitkomst komt de rechter nog niet toe aan het toepassen van het uitspraakgebod van het toetsingsartikel.

Rond 1980 begint de periode waarin de toetsing van de toepassing van nationale formeelwettelijke bepalingen aan het internationale recht regelmatig resulteert in het oordeel dat de toepassing van het nationale recht niet verenigbaar is met het internationale recht. Uit dit resultaat vloeit voort dat de rechter invulling moet gaan geven aan de woorden ‘vinden geen toepassing’ van het toetsingsartikel.

6.3.1 De periode 1953 – 1979

In de eerste jaren na het in de Grondwet opnemen van het toetsingsartikel is de rechter terughoudend bij het toetsen van jongere bepalingen van wetten in formele zin aan oudere verdragen. Wel verdwijnt langzaam maar zeker de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving uit de motivering van de uitspraken van de Hoge Raad. De rechter lijkt na het in de Grondwet opnemen van het toetsingsartikel voorzichtig op te schuiven in de richting van het standpunt dat de verdragen waaraan Nederland is gebonden, niet meer bescherming bieden dan het nationale recht. Dit uitgangspunt maakt het onnodig om jongere nationale bepalingen van wetten in formele zin te toetsen aan oudere verdragen. Dit betekent dat de rechter het oordeel over de verenigbaarheid van jongere nationale formeelwettelijke bepalingen met oudere verdragsbepalingen in beginsel nog steeds aan de wetgever laat.

Na 1960 gaat de Nederlandse rechter meer en meer nationale bepalingen van wetten in formele zin toetsen aan verdragsbepalingen. In de jaren '60

Artikel 94 Grondwet toegepast

van de vorige eeuw is de uitkomst van deze toetsing nog stevast dat het nationale recht niet onverenigbaar is met het internationale recht. De Hoge Raad oordeelt regelmatig dat het nationale recht niet onverenigbaar is met het internationale recht door de reikwijdte van de verdragsbepalingen te verkleinen of door de beperkingsmogelijkheden die op de verdragsrechten kunnen worden aangebracht, ruim uit te leggen. De Hoge Raad beperkt op deze wijze de effectieve doorwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde.

In de jaren '70 van de vorige eeuw gaat de rechter zijn toetsingsbevoegdheid minder terughoudend uitoefenen. Lagere rechters en de Hoge Raad oordelen een klein aantal keren dat het nationale recht niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen.

De analyse van de rechtspraak van vóór 1980 heeft getoond dat de rechter tot midden jaren '70 van de vorige eeuw het oordeel over de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht grotendeels aan de wetgever heeft gelaten. De invloed van het toetsingsartikel wordt ongeveer twintig jaar na het opnemen van dit artikel in de Grondwet zichtbaar in de rechtspraak.

6.3.2 De invulling van de toetsingsbevoegdheid vanaf 1980

Vanaf 1980 neemt het aantal uitspraken waarin op verzoek van burgers de toepassing van een nationale bepaling wordt getoetst aan het internationale recht, verder toe. Ook toetst de rechter een enkele keer ambtshalve de toepassing van een nationale bepaling aan de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepalingen. Daarnaast treedt een verschuiving op van een meer abstracte naar een concrete toetsing. De Hoge Raad toetst vanaf 1980 over het algemeen niet slechts of de nationale bepaling verenigbaar is met de verdragsbepaling, maar oordeelt ook of in het voorliggende geschil de toepassing van de nationale bepaling resulteert in onverenigbaarheid met het internationale recht.

Aan het einde van de zeventiger jaren van de vorige eeuw wijst het EHRM twee arresten waarin het Hof voor het eerst oordeelt, dat Nederland door de toepassing van nationale bepalingen inbreuk heeft gemaakt op de rech-

ten die het EVRM beoogt te beschermen. Na deze uitspraken van het EHRM stelt de Hoge Raad zich actiever op bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale recht met een ieder verbindende verdragsbepalingen.

Een toename van de toetsingsbereidheid is ook zichtbaar bij de CRvB na de uitspraken waarin het Comité voor de rechten van de mens aangeeft, dat het aan artikel 26 IVBPR betekenis toekent op het terrein van het sociaalzekerheidsrecht. Ook in de jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad wordt bij de vraag of het belastingrecht valt onder de reikwijdte van artikel 26 IVBPR en er dus toetsing van de toepassing van nationale bepalingen aan artikel 26 IVBPR mogelijk is, verwezen naar de inzichten van het Comité voor de rechten van de mens.

De mate van indringendheid van de toetsing toont een genuanceerd beeld dat lijkt samen te hangen met het rechtsgebied waarin en de verdragsbepaling waaraan wordt getoetst. In het belastingrecht toetst de Hoge Raad vanaf het eerste arrest met een zekere terughoudendheid aan het gelijkheidsbeginsel zoals gecodificeerd in artikel 26 IVBPR. Ook de CRvB stelt zich bij de toetsing van bepalingen van socialezekerheidswetten aan artikel 26 IVBPR terughoudend op. De Hoge Raad kiest in het belastingrecht voor de betrekkelijk terughoudende opstelling bij de toetsing aan artikel 26 IVBPR, omdat hij aan de wetgever een zekere beoordelingsvrijheid toekent om te bepalen of gevallen gelijk zijn en of er sprake is van objectieve en redelijke rechtvaardigingsgronden voor de ongelijke behandeling van gelijke gevallen. In de belastingrechtspraak is de toetsing aan artikel 26 IVBPR in de loop der jaren terughoudender geworden. De zekere beoordelingsvrijheid van de wetgever is in 2002 door de Hoge Raad uitgebreid naar een ruime beoordelingsvrijheid. Deze ontwikkeling naar een minder indringende vorm van toetsing is in de andere onderzochte rechtsgebieden niet zichtbaar. Deze afname van de indringendheid van de toetsing houdt gelijke tred met de ontwikkelingen in de rechtspraak van het EHRM.

Uit de analyse van de rechtspraak blijkt dat de rechter sinds het midden van de tachtiger jaren van de vorige eeuw zijn toetsingsbevoegdheid op consequente wijze uitoefent. In beginsel toetst de rechter concreet of de

Artikel 94 Grondwet toegepast

toepassing van de nationale bepaling van een wet in formele zin verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling. In rechtsgebieden waar de beoordelingsvrijheid van de wetgever bij het opstellen van wettelijke regelingen ruimer is, voert de rechter een minder indringende toetsing uit.

De concrete toetsing van de toepassing van de nationale bepaling aan het internationale recht sluit aan bij de bedoeling van degenen die voorstelden in de tekst van het toetsingsartikel een uitspraakgebod op te nemen.

6.3.3 De invulling van het uitspraakgebod vanaf 1980

Naast de toetsingsbevoegdheid kent het toetsingsartikel ook een uitspraakgebod. Pas als de rechter bij het uitoefenen van de toetsingsbevoegdheid oordeelt dat de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling, komt het uitspraakgebod in beeld.

De analyse van de rechtspraak toont dat de rechter slechts zelden onomwonden uitsprekt dat de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de toepassing van de een ieder verbindende verdragsbepaling. Dit lijkt niet alleen ingegeven door de beperkte ruimte die het uitspraakgebod aan de rechter biedt. De rechter toont zich zo ook bewust van zijn positie in het staatsbestel. De rechter streeft in zijn uitspraken – waar mogelijk – naar een resultaat waarin hij de nationale bepaling zo toepast, dat de toepassing niet onverenigbaar is met de verdragsbepaling. Hij probeert daarbij de werking van de nationale bepaling zoveel mogelijk in stand te laten. In de literatuur wordt dan gesproken over verdragsconforme interpretatie door de rechter. Het lijkt mij juister om te spreken over een *verdragsconform resultaat*. Een verdragsconform resultaat wordt bereikt door bijvoorbeeld een restrictieve of extensieve interpretatie of toepassing van de nationale bepaling.

Het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht via een verdragsconform resultaat lijkt voor de rechter hoge prioriteit te hebben. De rechter oordeelt regelmatig zonder een gedegen

onderbouwing dat een nationale bepaling zo moet worden toegepast, dat dit leidt tot een verdragsconform resultaat.

De rechter kan op vele manieren een verdragsconform resultaat bereiken. De keuze voor een oplossing waarmee een verdragsconform resultaat wordt bereikt, is afhankelijk van de formulering van de nationale bepaling in samenhang met de eisen die de verdragsbepaling stelt. Dit vraagt veel flexibiliteit en creativiteit van de rechter.

Slechts zelden wordt een verdragsconform resultaat bereikt door een letterlijke toepassing van het uitspraakgebod, dus door het buiten toepassing laten van de nationale bepaling en het in plaats daarvan toepassen van de internationale bepaling.

Veel vaker is een restrictieve of extensieve uitleg of toepassing van de nationale bepaling de aangewezen oplossing. De restrictieve uitleg of toepassing wordt bereikt door aan de nationale bepaling in vergelijking met de bestaande bepaling een of meerdere extra voorwaarden te verbinden. Omgekeerd wordt een extensieve uitleg of toepassing van de nationale bepaling bereikt door een of meerdere in de nationale bepaling geformuleerde voorwaarden buiten toepassing te laten. Een extensieve uitleg of toepassing van de nationale bepaling wordt ook bereikt door niet geheel gelijke gevallen bij de interpretatie of de toepassing van de nationale bepaling als gelijke gevallen te kwalificeren. In deze gevallen kan worden gesproken van een analoge interpretatie of toepassing die leidt tot een verdragsconform resultaat.

Sporadisch bereikt de rechter een verdragsconform resultaat door het ontwerpen van een aanvullende regeling waarmee een lacune in het nationale recht wordt gevuld. Bij hoge uitzondering ontwerpt de rechter zelf een uitgebreidere regeling om een verdragsconform resultaat te bereiken. Dit was het geval in de Lentebeschikkingen.¹

Over de creatieve manier waarop de rechter via een verdragsconform resultaat bijdraagt aan de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht moet worden opgemerkt dat de tekst van het uitspraak-

¹ HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585-588, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten; par. 4.5.1.

Artikel 94 Grondwet toegepast

gebod van het toetsingsartikel niet de ruimte biedt die de rechter zichzelf geeft.

Waar mogelijk sluit de rechter bij het bereiken van een verdragsconform resultaat zoveel mogelijk aan bij het bestaande recht. In het streven om de werking van het nationale recht zoveel mogelijk te sparen, toont de rechter zich bewust van zijn positie ten opzichte van de wetgever. Als de rechter een verdragsconform resultaat bereikt zonder het precaire evenwicht met de wetgever te verstoren, kan, mijns inziens, worden gesproken van een *harmoniserend resultaat*. De rechter beschermt dan de rechten van partijen volgens de eisen die het internationale recht stelt, hij waarborgt de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht en consolideert tegelijkertijd de harmonieuze staatsrechtelijke verhoudingen. In beginsel zou het streven van de rechter moeten zijn gericht op het bereiken van een harmoniserend resultaat.

In een aantal gevallen ziet de rechter geen mogelijkheden om een harmoniserend resultaat te bereiken. Dit zijn de geschillen waarin de rechter abstineert, omdat hij oordeelt dat het gegeven de staatsrechtelijke verhoudingen op de weg van de wetgever ligt om de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht te beëindigen. Ook in deze geschillen spreekt de rechter lang niet altijd uit dat de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de toepassing van het internationale recht, maar laat hij dit oordeel 'in het midden'. Ook hier is de moeite zichtbaar die de rechter lijkt te hebben met het expliciet uitspreken van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. Het behoeft geen toelichting dat de rechter in deze geschillen ook geen verdragsconform resultaat bereikt. In deze abtinerende uitspraken ligt een 'opdracht aan de wetgever' om de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht te beëindigen. De rechter oefent hiermee een bevoegdheid uit die het toetsingsartikel noch enig ander artikel hem biedt. Dit is enerzijds de reden dat de rechter alleen in het uiterste geval voor deze abtinerende uitspraken mag kiezen en maakt anderzijds duidelijk dat de wetgever na een dergelijke uitspraak daadwerkelijk actie moet ondernemen om de druk op de staatsrechtelijke verhoudingen niet verder te laten oplopen. Uit de geanalyseerde jurisprudentie is naar voren gekomen dat de rechtsbescher-

ming en de rechtszekerheid in gevaar worden gebracht als een actie van de wetgever te lang op zich laat wachten. De rechter komt dan in een positie die niet past bij evenwichtige staatsrechtelijke verhoudingen.

Over een aantal andere uitspraken moet worden gezegd dat de rechter geen harmoniërend resultaat en ook geen verdragsconform resultaat bereikt in de door mij omschreven betekenis. Het betreft enige uitspraken over het ouderlijk gezag uit de periode 2005 – 2008.² De Hoge Raad past in deze uitspraken de nationale bepalingen niet toe in overeenstemming met de tekst en de bedoeling van de wetgever, terwijl het toepassen van deze bepalingen volgens de oorspronkelijke tekst en bedoeling van de wetgever naar internationale maatstaven niet onverenigbaar zou zijn geweest met de van toepassing zijnde verdragsbepalingen. De Hoge Raad spaart in deze uitspraken de werking van de nationale bepalingen dus niet zoveel mogelijk, daarom is het resultaat van deze uitspraken mijns inziens niet verdragsconform. Daarnaast kunnen deze uitspraken ook niet harmoniërend worden genoemd, omdat de Hoge Raad zijn positie ten opzichte van de wetgever lijkt te veronachtzamen door het toetsingsartikel zonder nadere toelichting ruimer toe te passen, dan hij tot die tijd heeft gedaan. De Hoge Raad past het toetsingsartikel in deze uitspraken ook ruimer toe, dan hij volgens zijn eigen jurisprudentie zou behoren te doen.

Naast deze niet-harmoniërende uitspraken over het ouderlijk gezag kan van een van de geanalyseerde uitspraken in het belastingrecht worden betwijfeld, of de Hoge Raad een harmoniërend resultaat heeft bereikt.³ In de uitspraak over de grijze kentekens past de Hoge Raad om de onverenigbaarheid met artikel 26 IVBPR te beëindigen, een regeling toe die door de regering is voorgesteld, maar die door een meerderheid van de Tweede Kamer is verworpen. Een dergelijke keuze van de Hoge Raad zou door de wetgever kunnen worden opgevat als een bedreiging van de evenwichtige staatsrechtelijke verhoudingen.

² HR 27 mei 2005, *NJ* 2005, 485, m.nt. J. de Boer; *AA* 2006, p. 368, m.nt. A.J.M. Nuytinck; HR 28 april 2006, *NJ* 2006, 284; HR 28 maart 2008, *NJ* 2008, 189; par. 4.5.3.

³ HR 12 mei 1999, *NJ* 2000, 170, m.nt. A.R. Bloembergen; par. 5.4.1.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Bij de analyse van de rechtspraak dringt zich de constatering op dat de rechter bij het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht weinig aanknopingspunten vindt in de tekst van het toetsingsartikel. In zijn streven om de rechten van burgers te beschermen volgens de eisen van het internationale recht en om het precaire evenwicht met de wetgever te bewaren, heeft hij meer nodig dan het gebod om nationale bepalingen die niet verenigbaar zijn met verdragsbepalingen, buiten toepassing te laten.

6.4 Tot besluit

In het bijna tweehonderdjarig bestaan van de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden was ongeveer anderhalve eeuw geen bepaling opgenomen die aan de rechter een bevoegdheid toekende bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht. Uit de analyse van de rechtspraak is gebleken dat de rechter zich in deze periode zeer terughoudend opstelde bij het beoordelen van de verenigbaarheid van nationaal recht met internationaal recht. Deze opstelling van de Hoge Raad dwingt tot de conclusie dat de rechter tot 1953 het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht vrijwel geheel aan de wetgever heeft gelaten. De rechter leverde in deze periode slechts een zeer beperkte bijdrage aan het effectueren van de doorwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde.

De gebeurtenissen in de Tweede Wereldoorlog en vooral de toename van de internationale samenwerking na de Tweede Wereldoorlog vormden de aanleiding voor het in de Grondwet opnemen van een bepaling waarin aan de rechter een bevoegdheid werd toegekend bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

De bevoegdheid voor de rechter is in 1953 op betrekkelijk onoverzichtelijke wijze vastgesteld en in 1956 door een wijziging van het toetsingsartikel nauwkeuriger bepaald. In de eerste ongeveer twintig jaar na het in de Grondwet opnemen van een bevoegdheid voor de rechter bij het

waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht bleef de opstelling van de Hoge Raad nagenoeg ongewijzigd. De Hoge Raad liet het oordeel over de verenigbaarheid van het nationale met internationale recht nog altijd vrijwel volledig aan de wetgever en leverde niet altijd een positieve bijdrage aan de doorwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde. Dit leidt tot de conclusie dat de rechter nog geen vier decennia een meer zelfstandige rol uitoefent bij het waarborgen van de verenigbaarheid van het nationale met het internationale recht.

De bevoegdheid van de rechter in het toetsingsartikel valt uiteen in twee delen. De rechter mag nationale wettelijke voorschriften toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Als de rechter bij deze toetsing oordeelt dat de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar is met de van toepassing zijnde een ieder verbindende verdragsbepaling, dan dient de nationale bepaling geen toepassing te vinden.

Het eerste gedeelte van de bevoegdheid, de toetsing, oefent de rechter meestal uit volgens de bedoeling die de grondwetgever met het toetsingsartikel beoogde te bereiken. Dit ligt anders voor het tweede gedeelte. De tekst van het huidige artikel 94 van de Grondwet ondersteunt de rechter onvoldoende om onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht te beëindigen. Uit de analyse van de jurisprudentie is naar voren gekomen dat het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met internationale recht een precaire aangelegenheid is die van de rechter een creatieve aanpak vraagt. De tekst van het toetsingsgebod biedt de rechter niet de benodigde flexibiliteit. Dit noopt tot de conclusie dat de rechter bij het laten doorwerken van het internationale recht in de nationale rechtsorde aanloopt tegen de grenzen van het legaliteitsbeginsel.

Summary

Since World War II international law has become an increasingly important part of the Dutch legal system, and its influence continues to grow. The rise in the scale of international cooperation following World War II prompted the Dutch government to incorporate a clause in the Constitution granting the courts certain competences to ensure that domestic laws were compatible with international law. This clause is known as the ‘judicial review clause’. This study focuses on the way in which the courts have exercised their rights under this clause, and in particular focuses on the following three questions:

What is the meaning and purpose of Article 94 of the Dutch Constitution and in particular the words ‘shall not be applicable’?

How have the courts used their competences in deciding whether certain national laws are compatible with international law?

How have the courts used their competences to end incompatibility of national law with international law?

First the meaning and purpose of the judicial review clause in the Constitution were examined. Then case law was analysed, i.e. those cases in which the courts played a role in deciding whether certain national laws are compatible with international law, and also in putting an end to incompatibility of national law with international law. The aim in doing so was to discover how the courts have applied the judicial review clause, notably the words ‘shall not be applicable’. Both competences, i.e. the competence to decide whether a given national law is compatible with international law, and the competence to end the incompatibility of national law with international law, are collectively also defined as ‘ensuring that national laws are compatible with international law’.

The judicial review clause in the Constitution

Up to 1953, the Constitution of the Kingdom of the Netherlands did not contain a clause defining the role played by the courts in ensuring that national laws are compatible with international law. This does not mean that, before 1953, courts had no say in deciding whether or not national laws were compatible with international law. It was generally accepted that courts were entitled to review existing laws against more recent treaties. However, this competence was not laid down in the Constitution.

Opinions differed sharply on the question of whether the courts were also entitled to review recent laws against older treaties. As a result, the issue was shrouded in uncertainty. These doubts were dispelled in 1953, when a judicial review clause was incorporated in the Constitution, following an amendment. This clause empowered the courts to review all national laws against the contents of international treaties. When the Constitution was amended in 1956, this competence was limited to the provisions of 'treaties that are binding on all persons'. Since 1956, the only amendments made to the judicial review clause have been of a cosmetic nature; they have not altered its substance. In other words, the competence of the courts as enshrined in the Constitution to ensure that national laws are compatible with international law, is a competence that has come into being in a very short period of time. This competence was incorporated in the Constitution in the form of the judicial review clause in 1953, and was restricted in 1956.

The judicial review clause, currently Article 94 of the Constitution, grants courts the competence to review all statutory provisions in force within the Kingdom against treaty provisions that are binding on all persons. If a court decides that the application of a given national law is not compatible with the applicable provision of a treaty that is binding on all persons, the court must set aside the national law in question.

Case law during the period when the Constitution did not contain a judicial review clause

In terms of case law analysis, the period during which the Constitution did not contain a judicial review clause, i.e. 1814-1952, may be divided into two parts. During the first part of this period, i.e. the years up to 1919, the Supreme Court was asked to rule only on the compatibility of longer existing laws with more recent treaties. After 1919, the Supreme Court was also asked to rule on disputes involving the compatibility of more recent laws with older treaties.

The period from 1814 to 1918

In the period from 1814 to 1918, the only disputes on which the Supreme Court was requested to rule were those involving the compatibility of older already existing statutory provisions with more recent treaties. During this period, the Supreme Court consistently ruled that treaties that had been concluded and ratified in accordance with the Constitution had 'force of law' under the national legal system. This meant that any statutory provisions predating more recent treaty provisions might cease to be legally binding if they were found to be in conflict with the latter. In reaching these rulings, the Supreme Court made clear that there was a general agreement that new treaties held legal force in relation to existing laws. However, the Supreme Court not once during this period ruled that an existing statutory provision was actually incompatible with the terms of a more recent treaty. As a result, national and international laws coexisted and were enforced alongside each other. The Supreme Court's rulings reflected Parliament's views on the compatibility of national law with international law.

The period from 1919 to 1952

During the second part of the period in which the Constitution did not yet contain a judicial review clause, i.e. 1919-1952, the Supreme Court was asked on a number of occasions to rule whether a provision in a new law was compatible with an older treaty provision. In 1919, on the first occasion on which the Supreme Court ruled on the compatibility of a new statutory provision with an existing treaty provision, the Supreme Court cited as the grounds for its decision the presumption that national legislation is not in conflict with a treaty provision. The implication is that courts may assume that Parliament does not enact laws that do not conform to the provisions of an existing treaty. Courts may assume that the Dutch Parliament is satisfied, when enacting a new law, that its provisions are compatible with those of any treaties that are binding on the Netherlands. By adopting this line of reasoning the Supreme Court made clear that it was Parliament's prerogative to decide whether a new statute was compatible with an existing treaty. In its 1919 ruling, however, the Supreme Court added the following qualification to the presumption that national legislation does not contravene treaty provisions: if a statutory provision is worded in a way that necessarily entails a departure from certain treaty provisions, the courts may no longer assume that the legislation in question is not contrary to a treaty. In other words, the courts may no longer assume that Parliament did not intend to depart from the treaty provisions.

During the course of the period between 1919 and 1952, the Supreme Court also added a second proviso to the presumption that national legislation is not contrary to treaty provisions. This proviso states that courts may also not act on the presumption that legislation is not contrary to treaty provisions if it is clear from the legislative process that it was Parliament's express intention to depart from a treaty. In nearly all of its rulings on the compatibility of new laws with older treaty provisions between 1919 and 1952, the Supreme Court adduced the presumption that new legislation is not contrary to existing treaty provisions as a supporting argument. The Supreme Court was not forced to renounce this presump-

tion during this period. The Court consistently ruled that Parliament had not made clear that it had enacted statutes that were, by definition, in conflict with existing treaty provisions, either in the wording of the law or during the legislative process. The Supreme Court appears to have been highly restrictive in applying the provisos it had formulated in relation to the presumption that new legislation is deemed not to be in conflict with existing treaty provisions. This is not to say that the Supreme Court had no influence whatsoever over the integration of international law into the national legal system. In certain cases, by insisting on the extensive application of a given statutory provision, the Supreme Court lessened the force of international law. Conversely, by ruling that certain statutory provisions should be applied restrictively, it ensured that international law did influence the national legal system.

In principle, however, by upholding the presumption that new legislation is deemed not to be in conflict with existing treaty provisions, the Supreme Court during this period chose to leave it up to Parliament to decide whether national laws were compatible with international law.

Case law during the period in which the Constitution did contain a judicial review clause

Analysis reveals that the period in which the Constitution did contain a judicial review clause may also be divided into two parts. The period up to about 1980 may be described as one in which the courts began to intensify their role in assessing the compatibility of national laws with international law. It became increasingly common for courts to rule on whether a given statutory provision was compatible with a treaty provision. In virtually all these cases, the courts decided that the relevant national law was not incompatible with international law. In other words, the courts did not yet have to issue rulings, in accordance with the obligation set out in the judicial review clause.

The year 1980 marked the start of a period in which judicial review of the compatibility of provisions of national statutes with international law regu-

Artikel 94 Grondwet toegepast

larly resulted in rulings that the national laws in question were not compatible with international law. This meant that courts were then obliged to enforce the phrase 'shall not be applicable' in the judicial review clause.

The period from 1953 to 1979

In the first few years after the incorporation of the judicial review clause in the Constitution, the courts took a cautious line in assessing whether new statutory provisions were compatible with existing treaties. Despite this, the presumption that legislation is not in conflict with existing treaty provisions slowly but surely began to fade from the statements issued by the Supreme Court explaining the grounds on which its rulings were based. Once the judicial review clause had been incorporated in the Constitution, the courts seemed cautiously to embrace the view that the protection offered by treaties that are binding on the Netherlands should not be greater than that offered by national laws. As a result, the Court felt there was no need to assess the compatibility of new statutes with existing treaty provisions. In other words, courts still left it up to Parliament to decide whether new laws were compatible with existing treaty provisions.

After 1960, the Dutch courts became increasingly active in assessing the compatibility of statutes with treaty provisions. During the 1960s, the courts still invariably ruled that the national laws in question were not incompatible with international law. The Supreme Court regularly ruled that a certain national law was not incompatible with international law, by taking a narrow view of the scope of the treaty provisions or by taking a broad view of the restrictions that may be imposed on the rights established by treaty. In this way, the Supreme Court limited the impact of international law on the national legal system.

In the 1970s, courts became less reluctant to exercise their right of review. Both the lower courts and the Supreme Court ruled on a number of occasions that certain national laws were not compatible with treaty provisions that are binding on all persons.

An analysis of the case law up to 1980 shows that, until the mid-1970s, courts left it largely up to Parliament to decide whether national laws were

compatible with international law. The judicial review clause did not feature in the case law of the courts until some 20 years after it had been included in the Constitution.

How have the courts exercised their right of review since 1980?

There has been a further rise since 1980 in the number of cases in which members of the public have asked the courts to rule on the compatibility of a certain statutory provision with international law. Courts have also occasionally acted on their own initiative in assessing the compatibility of a statutory provision with the provisions of treaties that are binding on all persons. At the same time, we have also seen a shift from a more abstract to a more concrete form of review. In most cases since 1980, the Supreme Court has not only assessed whether the provision in question is compatible with the relevant treaty provision, but has also ruled on whether, in the case in question, the enforcement of the law would have the effect of rendering it incompatible with international law.

At the end of the 1970s, the European Court of Human Rights (ECtHR) gave two rulings in which it found for the first time that, by enforcing the national laws in question, the Netherlands had violated certain rights protected under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Following these rulings by the ECtHR, the Supreme Court became more active in assessing the compatibility of national laws with the provisions of treaties that are binding on all persons. The Central Appeals Tribunal also became more willing to perform judicial review of statutes after the European Commission on Human Rights had made clear that it construed Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) as also applying to social security entitlements. The same applies to the Tax Division of the Supreme Court, which referred to the statements issued by the Commission on Human Rights in its rulings on whether tax law was covered by Article 26 of the ICCPR and whether, as a result, it was possible to assess the compatibility of national tax laws with Article 26 of the ICCPR.

Artikel 94 Grondwet toegepast

The intensity of review tends to vary. This would appear to be dependent on the field of law in question, and on the nature of the treaty provision against which the national law is being reviewed. Since its very first ruling, the Supreme Court has exercised restraint in reviewing certain tax laws against the principle of equality formulated in Article 26 of the ICCPR. The Central Appeals Tribunal has also been cautious in examining social security legislation in the light of Article 26 of the ICCPR. The reason why the Supreme Court has been relatively cautious in performing such review in relation to tax law is because it assumes the Dutch Parliament is entitled to use its discretion in deciding whether certain cases are similar and whether there are certain objective and reasonable grounds that would justify the unequal treatment in similar cases. The courts have taken a more cautious line over the years in assessing the compatibility of Dutch tax law with Article 26 of the ICCPR. In 2002, the Supreme Court decided that the Dutch Parliament in fact enjoyed wider discretionary powers. This trend towards less exhaustive review is not seen in other fields of law encompassed by this study. The decreasing intensity of review follows the same pattern as is seen in the case law of the ECHR.

An analysis of the case law shows that, since the mid-1980s, courts have exercised their right of review in a consistent manner. In principle, courts have assessed specifically whether the application of a statutory provision is compatible with the relevant provision of a treaty that is binding on all persons. In those fields of law where the Dutch Parliament has relatively wider discretionary powers in drafting statutory regulations, the review performed by courts has tended to be less exhaustive.

The idea that the application of a specific statutory provision should be reviewed against international law is precisely what was envisaged by those who were in favour of including within the judicial review clause an obligation compelling the courts to issue a ruling.

How have the courts responded to the obligation to issue rulings since 1980?

Apart from granting the courts a right of review, the judicial review clause also obliges them to issue rulings. The latter aspect comes into play only when a court, in exercising its right of review, comes to the conclusion that a given statutory provision is not compatible with the relevant provision of a treaty that is binding on all persons.

An analysis of the case law shows that courts rarely state in no uncertain terms that a given statutory provision is not compatible with the relevant provision of a treaty that is binding on all persons. The limited amount of freedom given to the courts by the obligation to issue a ruling is not the only reason for this. It also serves as a means of calling attention to the courts' constitutional status. In other words, the courts seek to ensure – as far as possible – that their rulings result in the statutory provision being applied in a manner that is not incompatible with the relevant treaty provision. In doing so, courts try to retain as much of the original effect of the national provision in question as possible. The literature refers to this type of behaviour on the part of the courts as 'a treaty-driven interpretation'. I believe it would be more accurate to speak of a '*treaty-driven result*'. A treaty-driven result is produced, for instance, by a restrictive or extensive interpretation or application of the relevant statutory provision.

For the courts, the main purpose of a treaty-driven result appears to be to declare certain national laws as no longer being incompatible with international law. Courts regularly rule, without having performed a comprehensive review, that a given statutory provision should be amended in such a way as to produce a treaty-driven result.

There are many different ways in which courts can produce a treaty-driven result. Whether the courts propose a solution leading to a treaty-driven result depends on the phrasing of the relevant statutory provision, in the light of the relevant treaty requirements. This requires a great deal of flexibility and creativity on the part of the courts.

Only seldom is a treaty-driven result obtained by the literal application of the obligation imposed on courts to issue a ruling, i.e. by setting aside the

relevant statutory provision and replacing it with the international provision. Much more often, a restrictive or extensive interpretation or application of the relevant provision is the best solution. A restrictive interpretation or application is attained by attaching one or more supplementary conditions to the statutory provision in question. Conversely, an extensive interpretation or application of the provision is attained by not enforcing one or more of its terms. An extensive interpretation or application of the provision can also be brought about by classifying cases that are not entirely similar as being completely similar for the purpose of interpreting or enforcing the provision in question. Such cases hinge on an analogous interpretation or enforcement leading to a treaty-driven result.

Very occasionally, courts obtain a treaty-driven result by formulating a supplementary provision to close a loophole in national law. Only very rarely do courts themselves issue more extensive rules in order to obtain a treaty-driven result, for example in the case of the ‘spring rulings’.¹

As regards the creative way in which courts seek to bring about a treaty-driven result so as to ensure that national laws are compatible with international law, the obligation in the judicial review clause for the courts to issue rulings is not phrased in such a way as to give courts the latitude that they grant themselves in practice.

Where possible, the courts try and concur with existing laws as far as possible in producing a treaty-driven result. In their desire to cause the least possible disruption to national law, courts have demonstrated that they are aware of the nature of their relationship with the Dutch Parliament. Where the courts produce a treaty-driven result without upsetting the delicate balance with the Dutch Parliament, in my opinion this may be classified as a *harmonious result*. In such cases, not only do the courts protect parties’ rights under international law, they also ensure that national laws are compatible with international law and at the same time help to build harmonious constitutional relations. In principle, the courts should seek to achieve a harmonious result.

¹ HR 21 March 1986, *NJ* 1986, 585-588, annotated by E.A. Alkema and E.A.A. Luijten; § 4.5.1.

In certain cases, courts have not been able to achieve such a harmonious result. These cases involve disputes in which the courts have abstained because they take the view that, in the light of their constitutional status, it is up to the Dutch Parliament to ensure that the national laws are no longer incompatible with international law. It is again rare in such disputes for the courts to rule that a given statutory provision is not compatible with international law; instead, they choose not to offer an opinion. Here too, it is clear that courts find it hard to rule explicitly that a given national law is incompatible with international law. It goes without saying that the courts are unable to produce a treaty-driven result in such disputes. By abstaining in this way, courts are effectively calling on the Dutch Parliament to end the incompatibility of national law with international law. In doing so, courts are exercising rights that have not been granted to them either under the judicial review clause or under any other statutory provision. Apart from explaining why courts choose to abstain only as a final resort, this situation also acts as a signal, warning Parliament that it needs to take action to prevent constitutional relations from being placed under further pressure. An analysis of the case law shows that, if Parliament delays too long in taking action, this poses a threat to the prospects for legal protection and legal security. In such a situation, the courts are placed in a position that does not befit a stable constitutional relationship.

In a number of other rulings, the courts achieved neither a harmonious nor a treaty-driven result as I defined above. These rulings all concerned parental authority and were issued in the period between 2005 and 2008.² Here, the Supreme Court did not enforce the relevant statutory provisions in accordance with the letter of the law and Parliament's intent, even though their enforcement in accordance with the original wording and Parliament's intent would not have been incompatible with the relevant treaty provisions by international standards. In other words, in giving these rulings, the Supreme Court did not seek to disrupt the operation of the national statutory provisions as little as possible. In my opinion, therefore,

² HR 27 May 2005, *NJ* 2005, 485, annotated by J. de Boer; *AA* 2006, p. 368, annotated by A.J.M. Nuytinck, HR 28 April 2006, *NJ* 2006, 284; HR 28 March 2008, *NJ* 2008, 189; § 4.5.3.

Artikel 94 Grondwet toegepast

the result of these rulings may not be described as being treaty-driven. Moreover, the rulings may also not be regarded as being harmonious, because the Supreme Court appears to have disregarded its relationship with Parliament by placing a broader interpretation on the judicial review clause than it had previously done, without explaining its reasons for doing so. In these rulings, the Supreme Court also gave a broader interpretation to the judicial review clause than it ought to have done on the basis of its own case law.

Alongside these non-harmonious rulings on parental authority, it is not clear whether the Supreme Court achieved a harmonious result in relation to one of the tax rulings analysed in this study.³ In order to end the incompatibility of a provision of tax law on the number plates used by commercial vehicles with Article 26 of the ICCPR, the Supreme Court enforced a regulation that had been tabled by the Government but rejected by a majority of the House of Representatives. The Dutch Parliament could have regarded this decision by the Supreme Court as constituting a threat to stable constitutional relations.

The conclusion I draw from my analysis of the case law is that the wording of the judicial review clause is of little help to a court seeking to end the incompatibility of national law with international law. In its pursuit to safeguard the rights of the general public under international law and to maintain the delicate balance with the Dutch Parliament, it needs more powers than those enshrined in the judicial review clause to set aside national laws that are not compatible with treaty provisions.

Final remarks

The Constitution of the Kingdom of the Netherlands was in first version adopted almost 200 years ago, and for nearly one and a half centuries it did not contain any provision that granted the courts certain powers to ensure that national laws were compatible with international law. An analysis of the case law shows that the courts exercised great restraint during this

³ HR 12 May 1999, *NJ* 2000, 170, annotated by A.R. Bloembergen; § 5.4.1.

period in assessing the compatibility of national law with international law. The attitude taken by the Supreme Court leads me to conclude that, up to 1953, courts left it entirely to the discretion of Parliament to decide whether or not national laws were compatible with international law. During this period, the courts did very little in terms of integrating international law into the national legal system.

The events during World War II and particularly the increase in international cooperation after the war resulted in the incorporation in the Constitution of a clause granting the courts certain powers enabling them to ensure that national laws were compatible with international law.

The courts' powers were formally defined in 1953, although the definition did not offer a great deal of clarity. A clearer definition was formulated in 1956, following an amendment to the judicial review clause. During the first 20 years after the inclusion of the judicial review clause in the Constitution, the Supreme Court's attitude remained more or less unchanged. The Supreme Court still left it more or less entirely to the Dutch Parliament to decide whether national laws were compatible with international law and did not consistently seek to integrate international law into the national legal system. The conclusion is that it has only been during the past four decades that the courts have taken a more independent line in ensuring that national laws are compatible with international law.

The courts' powers as defined in the judicial review clause consist of two distinct competences. Courts may review national statutory provisions against the relevant provisions of a treaty that is binding on all persons. If courts decide as a result of this review that the provision in question is not compatible with the applicable treaty provision that is binding on all persons, the relevant national provision is deemed not to be applicable.

The courts generally exercise their first right, i.e. the competence to review, in accordance with the intended purpose of the judicial review clause. This does not apply to the second competence, however. Article 94 of the Constitution is currently phrased in such a way that does not offer enough help to a court when ruling to end the incompatibility of

Artikel 94 Grondwet toegepast

a national law with international law. An analysis of the case law shows that a decision to end the incompatibility of a national law with international law is a delicate matter that requires a creative approach on the part of the courts. The wording of the judicial review clause does not give the courts the flexibility they need. I am compelled to conclude as a result that, in their attempts to integrate international law into the national legal system, the courts have reached the limits of the principle of legality.

Aangehaalde literatuur

Barkhuysen, Griffioen & Voermans 2004

T. Barkhuysen, H.M. Griffioen & W.J.M. Voermans, 'Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004, p. 2289-2290.

De Beaufort & Romeijn 1907

W.H. de Beaufort & H.J. Romeijn, *Verslag der Staatscommissie, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 23 oktober 1905, no. 56, tot het onderzoek der vraag, welke andere wijzigingen dan die van de artikelen 80, 127 en 143 nog in de Grondwet moeten worden gebracht*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1907.

Belinfante & De Reede 2009

A.D. Belinfante & J.L. de Reede (bewerkt door L. Dragstra, N.S. Efthymiou, A.W. Hins & R. de Lange), *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Besselink 2002

L.F.M. Besselink, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2002.

Binsbergen & Brongersma 1967

W.C. Binsbergen & E. Brongersma, 'Is onze wijze van telasteleggen conform art. 261 Sv. in overeenstemming met de conventie van Rome?', *TvS* 1967, p. 233-250.

De Boer 1984

J. de Boer, 'De Hoge Raad in honderd jaar Krankzinnigenwet', *NJB* 1984, p. 505-510.

De Boer 1986

J. de Boer, 'De Hoge Raad in het eerste jaar van het tweede centennium Krankzinnigenwet', *NJB* 1986, p. 273-280.

Bovend'Eert 2009

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming. Partners in the business law', *RMThemis* 2009, p. 145-153.

Brenninkmeijer 1988

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Over de taak van de rechter in het sociale zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht', *Sociaal recht* 1988-2, p. 36-41.

Brouwer 1992

J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Van der Burg 1956

F.H. van der Burg, 'De godsdienstvrijheid in de conventie van Rome en het processieverbod', *NJB* 1956, p. 441-449.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Colenbrander 1908-1909

H.T. Colenbrander, *Ontstaan der grondwet*, 2 delen, 's-Gravenhage: Nijhoff 1908-1909.

Van Dijk 1988

P. van Dijk, 'De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens', in B. Baardman (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 173-209.

Duynstee 1954

F.J.F.M. Duynstee, *Grondwetsherziening 1953*, Deventer: Kluwer 1954.

Eindrapport staatscommissie-Cals-Donner 1971

Eindrapport van de staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, 's-Gravenhage: Staatsuitgever 1971.

Erades 1949

L. Erades, *Waar volkenrecht en Nederlands recht elkaar raken*, Haarlem: Bohn 1949.

Erades 1952

L. Erades, 'De voorstellen tot herziening der Grondwetsbepalingen betreffende het buitenlands beleid', *RMThemis* 1952, p. 170-243.

Fleuren 2001

J.W.A. Fleuren, 'Een ieder verbindende bepalingen van verdragen vóór de totstandkoming van het Koninkrijk der Nederlanden', in: W.J. van Boven e.a. (red.), *HH in het (r)echt* (vriendenbundel Hennekens), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 45-49.

Fleuren 2004

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

Fleuren 2009

J.W.A. Fleuren, 'Wetshistorische interpretatie en 'de bedoeling van de wetgever'', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof.mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009.

Happé 1999

R.H. Happé, *Schuivende machten. Over trias politica en het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1999.

Happé 2002

R.H. Happé, 'Fiscale discriminatie en de kunst van het wetgeven', *WFR* 2002/6477, p. 553-560.

Van Hasselt 1987

W.J.C. van Hasselt, *Verzameling van Nederlandse staatsregelingen en grondwetten*, Alpen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1987.

Huart 1925

F.J.A. Huart, *Grondwetsherziening 1917 en 1922* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1925.

Hemels 2011

S.J.C. Hemels, *De Toren van Babel. Grenzen aan de autonomie van de belastingwetgever en de invloed daarvan op (fiscale) wetenschapsbeoefening* (oratie Rotterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Heringa 1983

A.W. Heringa, 'Het discriminatieverbod als sociaal grondrecht', in *Staatkundig Jaarboek* 1983/84, p. 193-209.

Jansen & Venema 2011

C.J.H. Jansen m.m.v. D. Venema, *De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog. Recht en rechtsbeoefening in de jaren 1930-1950*, Amsterdam: Boom 2011.

Kan 1916

J.B. Kan, *Handelingen over de herziening der Grondwet*, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1916.

Klabbers 1996

J.A.M. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law* (diss. Amsterdam UvA), The Hague: Kluwer Law International 1996.

Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Körver 2004

P.H.J. Körver, *De Besluitwetgeving van de Nederlandse regering in Londen in internationaal-rechtelijk en staatsrechtelijk perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004.

Kuitenbrouwer 1971

F. Kuitenbrouwer, 'Het dagvaarden van vreemdelingen en het Europees Verdrag voor de mensenrechten', *DD* 1971, p. 468-475.

De Lange 1999

R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming* (oratie Rotterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Later 1980

G.E.M. Later, 'De ministeriële richtlijnen voor de toepassing van de Krankzinnigenwet na de uitspraak in de zaak Winterwerp', *NJB* 1980, p. 825-831.

Loth 1998

M.A. Loth, 'Een eigentijds Nanzi-verhaal? Over de rol van de rechter in de Antilliaanse samenleving', *TAR-Justicia* 1998, p. 141-159.

Martens 2000

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 747-758.

Mazel 1984

P.E. Mazel, *In naam van het recht... De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog*, Arnhem: Gouda Quint 1984.

Michielsens 2004

J.N.M.E. Michielsens, *The 'nazification' and 'denazification' of the courts in Belgium, Luxembourg and the Netherlands: the Belgian, Luxembourg and Netherlands courts and their reactions to occupation measures and measures from their governments returning from exile* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2004.

Meuwissen 1968

D.H.M. Meuwissen, *De Europese conventie en het Nederlandse recht. Een onderzoek naar de verhouding tussen internationaal en nationaal recht, in het bijzonder toegelicht aan de hand van Nederlands constitutioneel recht en van de verhouding tussen de Europese conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en Nederlands recht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1968.

Meuwissen 1971

D.H.M. Meuwissen, *Rechtsvinding en staatsrecht* (oratie Groningen), Zwolle: Tjeenk Willink 1971.

Myjer 1980

E. Myer, 'Tekenen van een Hollandse lente?', *NJCM-Bulletin* 1980, p. 21-29.

Niessen 2009

R.E.C.M. Niessen, 'De belastingrechter en het gelijkheidsbeginsel', *TFB* 2009/1, p. 5-13.

Nuytinck 2009

A.J.M. Nuytinck, 'De (mee)slepende procedure inzake de afwikkeling van de nalatenschap van notaris Postma', in M.L.A. van den Bosch e.a. (red.), *Meestervertellingen*, Nijmegen: Centrum Postacademisch Juridisch Onderwijs 2009, p. 46-50.

Nuytinck 2010

A.J.M. Nuytinck, 'Concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning', *WPNR* 2010-6841, p. 343-348.

Van Panhuys 1955

H.F. van Panhuys, 'De regeling der buitenlandse betrekkingen in de Nederlandse Grondwet' (preadvies), *Mededelingen NVIR* 1955, p. 28-50.

Piso 1998

I.Y. Piso, *De rechter klem tussen discriminatie en rechtvaardiging* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: SDu Uitgevers 1998.

Van der Pot 1940

C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandsche Staatsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1940.

Van der Pot 1952

C.W. van der Pot, 'De Grondwetsherziening 1952', *NJB* 1952, p. 29-39.

Van der Pot 2006

D.J. Elzinga & R. de Lange m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot's Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Proeve 1966

Proeve van een nieuwe grondwet (uitgegeven door het Ministerie van Binnenlandse Zaken), 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1966.

Rapport staatscommissie Grondwet 2010

Rapport staatscommissie Grondwet, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 2010.

Van Rijn 1999

A.B. van Rijn, *Staatsrecht van de Nederlandse Antillen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Riphagen 1953

J. Riphagen, 'Het nieuwe Grondwetsartikel 60e en de leer van de onsplitsbare wilsverklaring', *De Nederlandse Gemeente* 1953, p. 68-70.

Ruys de Beerenbrouck & Kan 1920

C. Ruys de Beerenbrouck & J.B. Kan, *Verslag van de staatscommissie ingesteld bij Koninklijk Besluit van 20 December 1918, no. 78, aan welke is opgedragen de voorbereiding van eene herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1920.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Venema 2007

D. Venema, *Rechters in oorlogstijd. De confrontatie van de Nederlandse rechterlijke macht met nationaal-socialisme en bezetting* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Venema, De Groot-van Leeuwen & Mertens 2008

D. Venema, L. de Groot-van Leeuwen & T. Mertens (red.), *Onder de huidige omstandigheden. De Hoge Raad en het Toetsingsarrest 1942*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Vermeend 1999

W.A. Vermeend, 'Statement', in E.A.G. van der Ouderaa (red.), *Schurende machten. Inleiding en verslag van een symposium ter gelegenheid van het afscheid van mr. H.F. Haak als president van het gerechtshof te Amsterdam*, Nijmegen, Ars Aequi Libri 1999, p. 41-43.

Van der Vlies & Widdershoven 1998

I.C. van der Vlies & R.J.G.M. Widdershoven, *De betekenissen van de Nederlandse Grondwet binnen de Europese rechtsorde*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Voermans 2011

W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel' in *Controverses rond legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 1-101.

WRR 2002

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: SDu Uitgevers 2002.

Van der Zanden 1952

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

Jurisprudentie

Comité voor de rechten van de mens

CRM 9 april 1987, RSV 1987, 245 (*Broeks/Nederland*)
CRM 9 april 1987, RSV 1988, 201 (*Danning/Nederland*)
CRM 1 april 2004, klachtnummer 976/2001 (*Derksen & Bakker/Nederland*)
CRM 25 juli 2005, BNB 2005, 349 (*De Vos/Nederland*)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223 (*Engel/Nederland*)
EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462 (*Marckx/België*)
EHRM 24 oktober 1979, NJ 1980, 114, NJCM-Bulletin 1980, p. 54
(*Winterwerp/Nederland*)
EHRM 21 juni 1988, NJ 1988, 746 (*Berrehab/Nederland*)
EHRM 23 oktober 1990, BNB 1995, 244 (*Darby/Zweden*)
EHRM 29 november 1991, serie A nr. 214-C (*Vermeire/België*)
EHRM 22 februari 1994, NJ 1996, 12 (*Burghartz/Zwitserland*)
EHRM 27 oktober 1994, NJ 1995, 248 (*Kroon e.a./Nederland*)
EHRM 21 februari 1997, NJ 1997, 580 (*Van Raalte/Nederland*)
EHRM 22 juni 1999, BNB 2002, 398 (*Della Cigaja/Italië*)
EHRM 3 oktober 2000, NJ 2001, 258 (*Camp & Bourimi/Nederland*)
EHRM 29 januari 2002, BNB 2002, 126 (*Anubach/Nederland*)
EHRM 5 november 2002, NJ 2005, 34 (*Yousef/Nederland*)
EHRM 13 januari 2004, NJ 2005, 113 (*Haas/Nederland*)
EHRM 2 juni 2005, EHRC 2005, 75 (*Znamenskaya/Rusland*)
EHRM 9 september 2008, NJ 2009, 413 (*R./Nederland*)

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

ECRM 13 december 1979, nr. 7114/75 (*Hamer/Verenigd Koninkrijk*)
ECRM 10 juli 1980, nr. 8186/78 (*Draper/Verenigd Koninkrijk*)

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJEG 15 juli 1964, AA 1964/1965, 155 (*Costa/ENEL*)

Artikel 94 Grondwet toegepast

Hoge Raad

HR 25 juni 1841, *W* 221
HR 3 december 1856, *W* 1878
HR 9 februari 1864, *W* 2565
HR 17 februari 1879, *W* 4345
HR 13 december 1886, *W* 5395
HR 25 mei 1906, *W* 8383
HR 1 juni 1908, *W* 8721
HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 371
HR 17 december 1934, *NJ* 1935, p. 5
HR 17 december 1934, *NJ* 1935, p. 11
HR 19 mei 1941, *NJ* 1941, 882
HR 23 juni 1941, *NJ* 1941, 845
HR 12 januari 1942, *NJ* 1942, 271
HR 5 januari 1951, *NJ* 1951, 69
HR 25 januari 1952, *NJ* 1952, 125
HR 10 december 1954, *NJ* 1956, 240
HR 13 januari 1956, *NJ* 1956, 141
HR 1 juni 1956, *NJ* 1958, 424
HR 11 april 1958, *NJ* 1958, 454
HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2
HR 5 mei 1959, *NJ* 1959, 361
HR 15 mei 1959, *NJ* 1959, 560
HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436
HR 18 april 1961, *NJ* 1961, 273
HR 28 november 1961, *NJ* 1962, 90
HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107
HR 18 mei 1962, *NJ* 1965, 115
HR 13 maart 1963, *Beslissingen* 1963, p. 610
HR 13 september 1963, *NJ* 1963, 509
HR 25 maart 1965, *NJ* 1965, 133
HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 270
HR 25 april 1967, *NJ* 1968, 63
HR 30 mei 1967, *NJ* 1968, 64
HR 16 januari 1968, *NJ* 1968, 378
HR 8 november 1968, *NJ* 1969, 10
HR 14 januari 1969, *NJ* 1969, 191
HR 18 januari 1972, *NJ* 1972, 193
HR 14 april 1972, *NJ* 1972, 269

HR 9 oktober 1973, *DD* 1973, nr. 73.169, p. 558
HR 1 februari 1974, *NJ* 1974, 283
HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272
HR 10 oktober 1978, *NJ* 1979, 144
HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 463
HR 2 mei 1980, *NJ* 1980, 537
HR 8 oktober 1980, *NJ* 1981, 308
HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141
HR 26 juni 1981, *NJ* 1982, 450
HR 13 november 1981, *NJ* 1982, 558-562
HR 18 november 1981, *NJ* 1982, 444
HR 27 november 1981, *NJ* 1983, 56
HR 1 december 1981, *NJ* 1982, 155
HR 4 juni 1982, *NJ* 1983, 32
HR 30 maart 1983, *BNB* 1983, 157
HR 1 juli 1983, *NJ* 1984, 161
HR 1 juli 1983, *RvdW* 1983, 143
HR 2 december 1983, *NJ* 1984, 164
HR 4 mei 1984 *NJ* 1985, 510
HR 12 oktober 1984, *AB* 1985, 319, *NJ* 1985, 230, *NJCM-bulletin* 1985, p. 32
HR 4 januari 1985, *NJ* 1985, 336
HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 665
HR 7 juni 1985, *NJ* 1985, 718
HR 7 juni 1985, *NJ* 1985, 753
HR 8 juli 1985, *NJ* 1985, 853
HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 54
HR 20 december 1985, *NJ* 1987, 54
HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585-588
HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688
HR 27 juni 1986, *NJ* 1986, 781
HR 22 augustus 1986, *NJ* 1987, 22
HR 13 maart 1987, *NJ* 1987, 586
HR 13 maart 1987, *NJ* 1988, 190
HR 12 juni 1987, *NJ* 1989, 98
HR 6 november 1987, *NJ* 1988, 829
HR 8 januari 1988, *NJ* 1988, 857
HR 12 februari 1988, *NJ* 1988, 488
HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170
HR 8 juli 1988, *BNB* 1988, 302, *NJ* 1990, 448

Artikel 94 Grondwet toegepast

HR 15 juli 1988, *NJ* 1988, 1019
HR 24 augustus 1988, *NJ* 1988, 1036
HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 740
HR 14 oktober 1988, *NJ* 1989, 76
HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 741
HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 742
HR 10 maart 1989, *NJ* 1990, 24
HR 28 april 1989, *NJ* 1989, 611
HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 105
HR 27 september 1989, *BNB* 1990, 61, *NJ* 1990, 449
HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450
HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 188
HR 9 februari 1990, *NJ* 1990, 767
HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 374
HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 375
HR 22 februari 1991, *NJ* 1991, 376
HR 8 mei 1991, *BNB* 1991, 196
HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 440
HR 20 december 1991, *NJ* 1992, 598
HR 3 april 1992, *NJ* 1993, 286
HR 30 september 1992, *AB* 1993, 2, *BNB* 1993, 30, *NJ* 1994, 495
HR 8 oktober 1992, *NJ* 1993, 730
HR 3 december 1992, *NJ* 1993, 731
HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 245
HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 65
HR 17 november 1993, *AB* 1994, 383, *BNB* 1994, 36
HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 438
HR 16 september 1994, *NJ* 1995, 7
HR 27 oktober 1994, *NJ* 1995, 467
HR 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 261
HR 24 februari 1995, *NJ* 1995, 468
HR 22 maart 1995, *BNB* 1995, 140
HR 14 juni 1995, *BNB* 1995, 252
HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 405
HR 26 september 1996, *NJ* 1997, 421
HR 21 november 1996, *NJ* 1997, 422
HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483
HR 15 juli 1998, *BNB* 1998, 293, *NJ* 2000, 168
HR 17 augustus 1998, *BNB* 1999, 122, *NJ* 2000, 169

HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 871
HR 12 mei 1999, *BNB* 1999, 271, *NJ* 2000, 170
HR 10 september 1999, *NJ* 2000, 20
HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 121
HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 455
HR 23 juni 2000, *NJ* 2000, 518
HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 390
HR 24 januari 2001, *BNB* 2001, 291
HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571
HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 464
HR 10 augustus 2001, *BNB* 2001, 400
HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278
HR 12 maart 2002, *NJ* 2002, 317
HR 31 mei 2002, *NJ* 2002, 470
HR 12 juli 2002, *BNB* 2002, 399
HR 12 juli 2002, *BNB* 2002, 400
HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386
HR 28 maart 2003, *NJ* 2003, 359
HR 9 april 2004, *NJ* 2005, 565
HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80
HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 248
HR 25 maart 2005, *NJ* 2005, 313
HR 27 mei 2005, *AA* 2006, p. 368, *NJ* 2005, 485
HR 8 juli 2005, *BNB* 2005, 310
HR 2 december 2005, *NJ* 2006, 119
HR 14 april 2006, *NJ* 2006, 258, *RFR* 2006, 70
HR 18 april 2006, *NJ* 2006, 275
HR 28 april 2006, *NJ* 2006, 284
HR 28 april 2006, *NJ* 2006, 557
HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 339
HR 11 augustus 2006, *BNB* 2006, 322
HR 10 november 2006, *NJ* 2008, 537
HR 16 januari 2007, *NJ* 2007, 68
HR 2 maart 2007, *BNB* 2007, 240
HR 6 november 2007, *NJ* 2007, 599
HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 107
HR 28 maart 2008, *NJ* 2008, 189
HR 9 mei 2008, *BNB* 2008, 188
HR 9 mei 2008, *BNB* 2008, 189

Artikel 94 Grondwet toegepast

HR 16 mei 2008, *RvdW* 2008, 520
HR 9 oktober 2009, *BNB* 2010, 77
HR 19 februari 2010, *AA* 2010, p. 264, *NJ* 2010, 295
HR 9 april 2010, *NJ* 2010, 388
HR 10 september 2010, *BNB* 2011, 65
HR 7 januari 2011, *BNB* 2011, 97

Gerechtshoven

Amsterdam

Hof Amsterdam 10 oktober 1988, *NJ* 1989, 171
Hof Amsterdam 13 april 2000, niet gepubliceerd
Hof Amsterdam 20 januari 2009, *RFR* 2009, 94
Hof Amsterdam 14 juli 2009, *RFR* 2009, 110

's-Gravenhage

Hof 's-Gravenhage 17 februari 1887, *W* 5423
Hof 's-Gravenhage 12 april 1950, *NJ* 1951, 105
Hof 's-Gravenhage 27 maart 1957, *NJ* 1957, 576
Hof 's-Gravenhage 17 december 1958, *NJ* 1960, 37
Hof 's-Gravenhage 31 januari 1963, *NJ* 1964, 54
Hof 's-Gravenhage 1 maart 1991, *NJ* 1991, 732
Hof 's-Gravenhage 3 september 2003, *LJN* AL8181
Hof 's-Gravenhage 10 mei 2006, *RFR* 2006, 115
Hof 's-Gravenhage 20 december 2007, *NJ* 2008, 133
Hof 's-Gravenhage 23 januari 2008, *RFR* 2008, 56
Hof 's-Gravenhage 8 juli 2009, *LJN* BJ2734

's-Hertogenbosch

Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 1972, *NJ* 1972, 263
Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 1985, *NJ* 1985, 601
Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 1987, niet gepubliceerd
Hof 's-Hertogenbosch 9 februari 2005, *RFR* 2005, 84
Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2007, *RFR* 2008, 6

Leeuwarden

Hof Leeuwarden 13 april 1961, *NJ* 1964, 401
Hof Leeuwarden 5 februari 2003, *NJ* 2003, 352
Hof Leeuwarden 10 oktober 2007, *RFR* 2007, 140

Rechtbanken

Amsterdam

- Rb. Amsterdam 21 februari 1956, *NJ* 1956, 57
- Rb. Amsterdam 19 mei 1971, *NJ* 1971, 361
- Rb. Amsterdam 10 augustus 1984, *NJ* 1985, 243
- Rb. Amsterdam 19 maart 1985, *NJ* 1986, 320
- Rb. Amsterdam 4 mei 1987, *NJ* 1987, 842
- Rb. Amsterdam 4 mei 1988, *NJ* 1989, 483

Arnhem

- Rb. Arnhem 19 augustus 1985, *NJ* 1986, 15

Breda

- Rb. Breda 26 april 1971, rol.nr. 1411-71, niet gepubliceerd
- Rb. Breda 21 maart 1985, *NJ* 1986, 16

's-Gravenhage

- Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1971, niet gepubliceerd
- Rb. 's-Gravenhage 7 september 2005, *AB* 2005, 398
- Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, *RFR* 2010, 26

Haarlem

- Rb. Haarlem 20 maart 1990, *NJ* 1991, 85
- Rb. Haarlem 25 mei 1999, niet gepubliceerd
- Rb. Haarlem 11 september 2007, *LJN* BB4411
- Rb. Haarlem 22 april 2008, *LJN* BD0830
- Rb. Haarlem 23 december 2008, *LJN* BI9313

Leeuwarden

- Rb. Leeuwarden 10 november 2004, *LJN* AR5883

Middelburg

- Rb. Middelburg 18 juli 1984, *NJ* 1985, 64

Rotterdam

- Rb. Rotterdam 24 juni 1955, *NJ* 1955, 713
- Rb. Rotterdam 22 juni 1956, *NJ* 1956, 437
- Rb. Rotterdam (pres.) 15 juni 1961, *NJ* 1961, 470
- Rb. Rotterdam 3 mei 1971, rol.nr. 383-71, niet gepubliceerd

Artikel 94 Grondwet toegepast

Zutphen

Rb. Zutphen 7 oktober 1983, *NJ* 1984, 142

Kantongerechten

Kantonrechter Amsterdam

Ktr. Amsterdam 17 oktober 1985, *Prg.* 1985, 2405

Kantonrechter Gorinchem

Ktr. Gorinchem 8 november 1982, *NJ* 1983, 383

Kantonrechter Haarlem

Ktr. Haarlem 24 juni 1985, *NJ* 1986, 117

Kantonrechter Den Helder

Ktr. Den Helder, 24 december 1968, *Verkeersrecht* 1969 nr. 20, p. 38

Kantonrechter Tilburg

Ktr. Tilburg 28 december 1984, *Prg.* 1985, 2249

Afdeling rechtspraak van de Raad van State

ARRS 10 oktober 1978, *AA* 1979, p. 477

ARRS (vzr.) 19 oktober 1978, *Gst.* 6551, p. 154

ARRS (vzr.) 10 mei 1979, *AB* 1979, 472

ARRS 31 juli 1979, *AB* 1979, 539

ARRS 31 maart 1981, *AB* 1981, 415

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRS 5 december 2007, *AB* 2008, 35

Centrale Raad van Beroep

CRvB 28 april 1981, *AB* 1981, 457, *RSV* 1981, 198

CRvB 17 augustus 1983, *RSV* 1983, 209

CRvB 1 november 1983, *RSV* 1984, 147-150

CRvB 3 juli 1986, *AB* 1987, 299

CRvB 14 mei 1987, *AB* 1987, 543, *RSV* 1987, 246

CRvB 5 januari 1988, *AB* 1988, 252-254, *RSV* 1988, 104 en 198-200
CRvB 7 december 1988, *AB* 1989, 10, *RSV* 1989, 67
CRvB 20 april 1989, *RSV* 1989, 271
CRvB 10 mei 1989, *RSV* 1990, 230
CRvB 25 mei 1989, *RSV* 1989, 275
CRvB 28 september 1989, *AB* 1990, 232
CRvB 28 september 1989, *RSV* 1990, 235
CRvB 28 februari 1990, *AB* 1990, 233, *RSV* 1990, 295
CRvB 28 februari 1990, *AB* 1990, 234
CRvB 9 mei 1990, *AB* 1991, 40
CRvB 5 juni 1991, *RSV* 1992, 18
CRvB 16 oktober 1991, *RSV* 1992, 138
CRvB 9 januari 1992, *AB* 1992, 344, *RSV* 1992, 282
CRvB 29 januari 1992, *RSV* 1992, 167
CRvB 18 oktober 1995, *AB* 1996, 77
CRvB 10 december 1997, *USZ* 1998, 74
CRvB 10 maart 1999, *RSV* 1999, 231
CRvB 4 oktober 2000, *RSV* 2001, 19
CRvB 24 januari 2001, *RSV* 2001, 138
CRvB 25 april 2003, *RSV* 2003, 200
CRvB 13 juni 2003, *RSV* 2003, 275
CRvB 29 augustus 2003, *RSV* 2004, 18
CRvB 5 december 2003, *RSV* 2004, 219
CRvB 21 juli 2006, *RSV* 2006, 302

Raden van Beroep

Amsterdam

Raad van Beroep Amsterdam 1 februari 1989, *AB* 1989, 364

Arnhem

Raad van Beroep Arnhem 18 november 1987, niet gepubliceerd

Raad van Beroep Arnhem 11 oktober 1989, *RSV* 1990, 236

Haarlem

Raad van Beroep Haarlem 16 februari 1989, *AB* 1989, 363

Rotterdam

Raad van Beroep Rotterdam 11 juni 1987, *RSV* 1987, 247

Artikel 94 Grondwet toegepast

Bijzondere Raad van Cassatie

Bijzondere Raad van Cassatie 12 januari 1949, *NJ* 1949, 87

Bijzondere Raad van Cassatie 15 mei 1950, *NJ* 1950, 504

Bijzondere Gerechtshoven

Amsterdam

Bijzonder Gerechtshof Amsterdam 24 december 1949, *NJ* 1950, 682

Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen

Hof van Justitie NA 6 februari 1968, *NJ* 1969, 128

*Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen
en Aruba*

Gem. Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 11 september 2001,
NJ 2002, 40

Gerecht in ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen

Gerecht in ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen 30 augustus 1984,
TAR 1984, p. 231

Gerecht in ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen, 5 mei 1988
nr. 287/87, *JPNA-AR* 1995, p. 111

Raad van Beroep in ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen

Raad van Beroep in ambtenarenzaken van de Nederlandse Antillen 20 december
1984, 6 *TAR-Justicia* 1985, p. 140

Bijlage

Grondwet 1953

Artikel 65

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met overeenkomsten, die hetzij vóór, hetzij na de totstandkoming der voorschriften zijn bekend gemaakt overeenkomstig artikel 66.

Artikel 66

De wet geeft regels omtrent de bekendmaking van overeenkomsten. De overeenkomsten verbinden een ieder, voorzover zij zijn bekend gemaakt.

Artikel 67

Aan volkenrechtelijke organisaties kunnen bij of krachtens een overeenkomst bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak worden opgedragen.

Ten aanzien van besluiten van volkenrechtelijke organisaties zijn de artikelen 65 en 66 van overeenkomstige toepassing.

Grondwet 1956

Artikel 65

Bepalingen van overeenkomsten, welke naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben deze verbindende kracht nadat zij zijn bekend gemaakt.

De wet geeft regels omtrent de bekendmaking van overeenkomsten.

Artikel 66

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, wanneer deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met een ieder verbindende bepalingen van overeenkomsten, die hetzij vóór, hetzij na de totstandkoming der voorschriften zijn aangegaan.

Artikel 67

Met inachtneming, zo nodig, van het bepaalde in artikel 63, kunnen bij of krachtens overeenkomst aan volkenrechtelijke organisaties bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak worden opgedragen.

Ten aanzien van besluiten van volkenrechtelijke organisaties zijn de artikelen 65 en 66 van overeenkomstige toepassing.

Artikel 94 Grondwet toegepast

Grondwet 1983

Artikel 93

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

Artikel 94

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.

Curriculum Vitae

Joke de Wit werd geboren op 9 februari 1963 te Dordrecht. Tijdens haar lagere schooltijd verhuisde zij naar Waalwijk, waar zij in 1981 aan het Willem van Oranje College haar VWO-diploma (Atheneum B) behaalde. In 1985 sloot zij aan de Christelijke Academie voor Lichamelijke Opvoeding te Arnhem haar opleiding tot docent lichamelijke oefening af. Van 1985 tot 1989 was zij werkzaam als gymnastiekdocent aan de Christelijke M.T.S. te Dordrecht. Daarnaast werkte zij van 1985 tot 1999 als docent gymnastiek en Duits, remedial teacher en roostermaker op het Herbert Vissers College te Nieuw-Vennep. In deze periode behaalde zij haar MO-A diploma Duits aan de Hogeschool Holland te Diemen en studeerde zij aan de Internationale Academie Fysiotherapie te Utrecht. De opleiding tot fysiotherapeut sloot zij in 1993 succesvol af.

Sinds februari 1999 werkt Joke aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid (tegenwoordig: Erasmus School of Law) van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Eerst als medewerker onderwijslogistiek en studieadviseur. Sinds november 2007 werkt zij als universitair docent bij de sectie Staats- en bestuursrecht. Zij behaalde in november 2005 aan deze faculteit haar bachelor Nederlands recht (cum laude) en in februari 2007, eveneens cum laude, haar master Rechtsgeleerdheid, variant Staats- en bestuursrecht.