

Amsterdam, 31 augustus 2023

Ter attentie van:

De Staatscommissie rechtsstaat

Onderwerp:

Rechtsstaat, de internationale rechtsorde en verdragen

Geachte leden van de Staatscommissie rechtsstaat,

Hartelijk dank voor uw uitnodiging tot het schrijven van een brief, met als vertrekpunt uw taakopdracht zoals bepaald in het Instellingsbesluit staatscommissie rechtsstaat en als focus in deze brief de internationale rechtsorde en verdragen. Hierbij stuur ik u enige (hopelijk zinvolle) ideeën en suggesties.

De internationale rechtsorde

De Staatscommissie Grondwet, onder voorzitterschap van Wilhelmina Thomassen (hierna: Staatscommissie-Thomassen), zette in haar rapport uit 2010 al eens enkele (voor haar opdracht relevante) ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op een rijtje: internationalisering en globalisering, de ontwikkeling van de burger als internationaal rechtssubject, constitutioneel pluralisme, de constitutionalisering van het internationale recht, de sterke ontwikkeling van de EU en de grote invloed van de Raad van Europa (in het bijzonder via het EVRM) op de nationale rechtsorde.¹ Ik denk dat geen gewaagde stelling is dat de internationale rechtsorde en internationale samenwerking na 2010 zeker niet minder belangrijke thema's zijn geworden. Denk hierbij alleen al binnen dit continent en in dit kalenderjaar aan de oorlog in Oekraïne en de toetreding van Finland tot de NAVO. Eind vorig jaar werd door *Pew Research Center* geconstateerd dat positieve opvattingen over de EU in veel landen 'new highs' bereikten.² Toch hebben globalisering en internationale en Europese samenwerking – parallel aan 'a particularly intense wave of populism'³ – flinke klappen gehad. Wat betreft (de opvattingen over) globalisering – een ontwikkeling die in het bijzonder onder vuur werd genomen door voormalig VS-president Trump⁴ – kon een negatieve ontwikkeling worden waargenomen.⁵ En zo werd de EU geconfronteerd met Brexit en rechtsstatelijkheidskwesties in Polen en Hongarije.⁶

¹ Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 97-102 (<https://zoek.officiëlebevestigingen.nl/blg-86969.pdf>).

² Zie M. Fagan en S. Gubbala, '[Positive views of European Union reach new highs in many countries](#)', *Pew Research Center* 2022. Zelfs voor Hongaren en Polen, wiens rechts-populistische regeringen een slechte band met de EU hebben, gold dat zij positief tegen de EU aankijken, zo berichtte het onderzoekscentrum destijds: L. Clancy, '[Despite recent political clashes, most people in Poland and Hungary see the EU favorably](#)', *Pew Research Center* 2022.

³ '[Why is populism on the rise?](#)', *CORDIS* 2022. Zie over de link tussen dit populisme en antiglobalisering R. Cuperus, '[The populist revolt against globalisation](#)', *Clingendael Spectator* 2017.

⁴ J. Borger, '[Donald Trump denounces 'globalism' in nationalist address to UN](#)', *The Guardian* 2019.

⁵ Zie bijvoorbeeld de tweede grafiek in het artikel '[Globalization in the Age of Trump](#)' uit 2017 in *Harvard Business Review* van P. Ghemawat, met als bovenschrift 'The tone of news stories containing the word "globalization" in leading U.S. and UK newspapers has taken a sharply negative swing, reflecting rising pressures against globalization in those countries' (periode 2005-2015) en, eveneens uit 2017, het artikel van F. Zakaria in *The Washington Post* met de titel '[Everyone seems to agree globalization is a sin. They're wrong.](#)'

⁶ Zie <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200109IPR69907/rule-of-law-in-poland-and-hungary-has-worsened>.

In lijn hiermee zijn in het Jaarverslag 2021 van de Raad van State onder meer zorgen over en kwetsbaarheid van het draagvlak voor de internationale rechtsorde beschreven.⁷ In Nederland is 'een zekere ambivalentie waar te nemen in de houding ten opzichte van de internationale rechtsorde. Steeds vaker wordt interstatelijk handelen beschouwd als een aantasting van de eigen soevereiniteit.(...) Daarover bestaat ongerustheid, in de politiek en bij burgers.(...) Kritiek op internationale instituties is lang niet altijd onterecht. Dat mensen zich soms verloren voelen in een steeds mondiale leefwereld is ook goed voor te stellen. Het wordt echter precair als deze gevoelens omslaan in ambivalentie over internationale samenwerking als zodanig.'⁸ De vice-president van de Raad van State schreef vorige zomer een essay waarin hij aangaf: 'Internationale afspraken, zoals verdragen, (...) zijn niet alleen voor stabiele verhoudingen tussen staten van belang. In de eerste plaats gaat het om de belangen en rechten van burgers, van ons allemaal. Niet alleen om zo oorlogen en internationale spanningen te voorkomen, maar ook om grote maatschappelijke problemen het hoofd te kunnen bieden, die de grenzen van ons land en zelfs ons continent overstijgen: cybercriminaliteit, klimaatverandering, pandemische ontwikkelingen, grote vluchtelingenstromen en terroristische dreigingen. (...) Het is van belang dat burgers kunnen meemaken waarom ons land wil investeren in de internationale rechtsorde op meerdere niveaus. Draagvlak daarvoor is cruciaal. In onze Grondwet staat al sinds jaar en dag in artikel 90 dat de regering de ontwikkeling van de internationale rechtsorde moet bevorderen. Die opdracht geldt wat mij betreft ook voor het parlement en voor allen die het belang van recht als grondslag van vrede, veiligheid, welvaart en welzijn van burgers over de grenzen heen onderschrijven.'⁹

Alle redenen dus tot aandacht voor (om aan te sluiten bij de bewoordingen van uw instellingsbesluit) het burgerperspectief, rechtsstatelijkheid en de verhouding tussen staatsmachten op het gebied van de internationale rechtsorde. Voor wat betreft de verhouding tussen staatsmachten plaats ik – om na de voorgaande toch wel erg globale beschrijving ook nog iets concreets te zeggen – hier nog de suggestie dat de staatscommissie het zojuist genoemde artikel 90 van de Grondwet onder de loep neemt. Deze bepaling luidt: 'De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.' Zou het niet beter zijn om in deze bepaling ook de Staten-Generaal te benoemen of om breder te spreken van 'De overheid' in plaats van louter 'De regering'?¹⁰

Verdragen

Een belangrijke bron van het internationale recht – door Klabbers zelfs de zonder twijfel meest belangrijke rechtsbron in de internationale samenleving genoemd – is het verdrag.¹¹ Hoe zit het met de rechtsstatelijke balans van de Nederlandse staatsmachten bij de totstandkoming van deze rechtsbron? Ik zal beknopt op deze vraag ingaan en daarna, iets uitvoeriger, de brief afsluiten met een specifieke verdragenrechtelijke kwestie, namelijk goedkeuring van verdragen die van de Grondwet afwijken.

Voor de positie van het parlement bij verdragstotstandkoming zijn in hoofdzaak twee aangelegenheden cruciaal: de betrokkenheid en informatievoorziening in de fase van de verdragsonderhandelingen en vervolgens, in de fase na de onderhandelingen, de reikwijdte en invulling van het vereiste van parlementaire verdragsgoedkeuring. Op die eerste kwestie ziet

⁷ Zie onder meer het onderdeel '[Kwetsbaar draagvlak voor de internationale rechtsorde](#)'.

⁸ '[Inleiding: internationale samenwerking onder druk](#)'.

⁹ Th.C. de Graaf, '[De burger in de internationale rechtsorde en als fundamentele speler in de democratie](#)', *Elsevier* 2022.

¹⁰ Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 107 en J. van der Velde, 'Co-referaat bij: Leonard F.M. Besselink, Parlement en buitenlandse politiek. Over constitutionele relaties en de buitenwereld: een drieluik', in: J.Th.J. van den Berg, J.L.W. Broeksteeg en L.F.M. Verheij (red.), *Het parlement (Publikaties van de Staatsrechtkring. Staatsrechtconferenties 11)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 208.

¹¹ J. Klabbers, 'Verdragenrecht', in: N. Horbach, R. Lefeber en O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007, p. 124.

artikel 1 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen (Rgmv), op die tweede zien artikel 91 van de Grondwet en artikel 2 tot en met 13 van de Rgmv.¹²

In de juridische literatuur is over dit geheel aan regels wel opgemerkt dat het parlement een zwakke positie heeft (en de regering juist een sterke).¹³ Vanuit democratisch-rechtsstatelijk perspectief kunnen hier vraagtekens bij worden geplaatst, te meer gelet op de belangrijke positie van verdragsbepalingen (zeker een ieder verbindende bepalingen¹⁴) in de Nederlandse rechtsorde. De Staatscommissie-Thomassen merkte in dit licht op: 'De Staatscommissie meent dat de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen een te grote uitzondering mogelijk maakt op het uitgangspunt van democratische legitimering van belangrijke verdragen, door toe te staan dat verdragen die een ieder verbindende bepalingen bevatten, of die bevoegdheden aan internationale organisaties opdragen die burgers rechtstreeks binden, bindend worden zonder parlementaire goedkeuring. Dergelijke verdragen kunnen leiden tot de beperking van de burgerlijke vrijheden door de oplegging van plichten aan burgers en de beperking van grondrechten. Voor gebondenheid aan deze verdragen zou naar het oordeel van de Staatscommissie altijd uitdrukkelijke goedkeuring van de Staten-Generaal vereist moeten zijn.'¹⁵ Van wijziging van de Rgmv is vervolgens weinig terecht gekomen. Wel valt te wijzen op een rechtsstatelijk naar mijn mening positieve maar desalniettemin erg bescheiden wijziging van artikel 2 Rgmv in 2017.¹⁶

Mogelijkheden tot versterking van de parlementaire positie zouden mijns inziens kunnen worden gezocht in de verruiming van het goedkeuringsvereiste, versterking van de informatiepositie van het parlement en verhoging van de bestendigheid en duidelijkheid van de regeling van de positie van het parlement.¹⁷ Ik zou het toejuichen als de staatscommissie deze kwestie van geringe parlementaire betrokkenheid, ook gelet op de eerder in deze brief aangestipte ontwikkelingen, bij haar advies betreft.

Verdragen die van de Grondwet afwijken

Een specifiek element in het verdragenrecht dat naar mijn mening hier nog nadere bespreking verdient, is artikel 91, derde lid, van de Grondwet. Deze bepaling ziet op de situatie dat een verdrag afwijkt van de Grondwet of daartoe noodzaakt: 'Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet dan wel tot zodanig afwijken noodzaken, kunnen de kamers de goedkeuring alleen verlenen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.' Het is logisch dat voor dergelijke verdragen een zwaardere eis geldt dan voor andere verdragen.¹⁸ Relevant is wat de reikwijdte van deze bepaling is. Wanneer is sprake van een verdrag dat afwijkt van de Grondwet?

Op *Nederland Rechtsstaat* geeft Leenknecht helder weer hoe het zit: 'Van afwijking van de Grondwet zoals bedoeld in artikel 91, derde lid, is alleen sprake wanneer verdragsbepalingen afwijken van concrete, specifieke bepalingen in de Grondwet, waarbij de onderliggende uitgangspunten en de strekking van de bepaling in aanmerking moeten worden genomen. Verdragsbepalingen die alleen afwijken van de geest, strekking of systematiek van de Grondwet, maar niet zijn terug te voeren op concrete bepalingen, worden geacht niet van de Grondwet af te

¹² Zie ook nr. 226 en 232-234 van het Draaiboek voor de regelgeving en paragraaf 8.6 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Zie voor wat betreft het deel van het verdragenrecht dat op internationaal niveau is geregeld met name het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

¹³ Zie de verwijzingen op p. 14-15 [van mijn proefschrift](#) (Universiteit Utrecht, 2018).

¹⁴ Artikel 93 en 94 van de Grondwet.

¹⁵ Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 112.

¹⁶ *Stb.* 2017, 210. Zie uitgebreider over deze wijziging C.B. Modderman, 'Een ieder verbindende bepalingen en verdragsgoedkeuring', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2017, afl. 1, p. 37-48.

¹⁷ Zie uitgebreid over deze en nog enkele andere opties p. 209-243 [van mijn proefschrift](#) (Universiteit Utrecht, 2018).

¹⁸ Vergeleken met artikel 137 Grondwet is de regeling in artikel 91, derde lid, Grondwet eigenlijk zelfs nog best licht. Vergelijk M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *RMThemis* 2008, afl. 4, p. 148.

wijken en kunnen zonder een versterkte meerderheid worden goedgekeurd.¹⁹ Besselink heeft aangegeven 'het vanuit constitutioneel oogpunt bezwaarlijk [te achten] dat zich in de huidige praktijk de paradox kan voordoen dat voor aanzienlijke overdrachten van bevoegdheid bij verdrag geen gekwalificeerde meerderheid nodig is, maar deze wel nodig is voor een relatief minder ingrijpende opdracht die min of meer accidenteel afwijkt van de letter van de Grondwet. Het ontbreken van enige verhouding tussen het constitutionele belang van een concrete opdracht van bevoegdheid bij verdrag en de vraag of een gekwalificeerde meerderheid nodig is, is mede gevolg van een al te literalistische en restrictieve uitleg van de Grondwet, waarbij strijd met de strekking en het stelsel van de Grondwet geen grond is voor de conclusie dat een verdrag afwijkt van de Grondwet. Het afstappen van de al te rigide interpretatie die thans gebezigd wordt, zou kunnen betekenen dat de gesignaleerde paradox zich minder vaak voordoet.'²⁰

De Staatscommissie parlementair stelsel, onder voorzitterschap van Johan Remkes (hierna: Staatscommissie-Remkes), heeft geadviseerd de uitleg van deze bepaling te verruimen. Zoals ik eerder al eens aankaartte op *Nederland Rechtsstaat*,²¹ doet de Staatscommissie-Remkes dat op een volgens mij niet helemaal correcte wijze. In het rapport van de Staatscommissie-Remkes staat dat 'de staatscommissie, evenals de commissie-Thomassen dat eerder deed, tot een ruimere uitleg van artikel 91, derde lid, Grondwet [adviseert] in die zin dat niet alleen de inhoud van een concrete grondwetsbepaling relevant is, maar ook de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten en de strekking ervan.'²² In het rapport van de Staatscommissie-Thomassen staat echter: 'de regering en de Raad van State [leggen] artikel 91, lid 3, Grondwet restrictief uit. Zij achten de bijzondere procedure alleen van toepassing als de verdragsbepalingen in kwestie afwijken van één of meer concrete grondwetsbepalingen. De toepassing van artikel 91, lid 3, Grondwet zou te ruim en te onbepaald worden, als het ook wordt toegepast op een verdrag dat afwijkt van de geest, strekking of systematiek van de Grondwet of daaraan ten grondslag liggende beginselen. Wel moeten, aldus de regering en de Raad van State, bij het onderzoek naar de inhoud van een concrete grondwetsbepaling de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten en strekking mede in aanmerking worden genomen.'²³ Kortom: de aan een concrete Grondwetsbepaling 'ten grondslag liggende uitgangspunten en strekking' behoren al tot de reikwijdte. (Zie ook de hierboven geciteerde woorden van Leenknecht.) De Staatscommissie-Remkes pleitte dus voor een verruiming die geen verruiming zou zijn. Wel een verruiming zou zijn om de 'geest, strekking of systematiek van de Grondwet of daaraan ten grondslag liggende beginselen' ook te gaan meenemen.²⁴

Toenmalig Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Kaja Ollongren gaf in de Eerste Kamer dan ook aan dat hetgeen de Staatscommissie-Remkes bepleit reeds staand beleid is: 'Wel wordt aangegeven dat het artikel zodanig dient te worden geïnterpreteerd dat bij toepassing ervan niet alleen wordt gekeken of een verdrag afwijkt van de letterlijke tekst van de concrete grondwetsbepaling. Hierbij moet, aldus de staatscommissie, ook worden bekeken of een verdrag afwijkt van de strekking van een concrete grondwetsbepaling of van de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten. Zou dat het geval zijn, dan ligt het voor de hand dat zo'n verdrag alleen met tweederdemeerderheid kan worden goedgekeurd. Ik wijs erop dat dat nu staand beleid is van zowel de regering als de Raad van State. Daar waar deze vraag zich voordoet, kijken wij eerst welke grondwetsbepalingen door een verdrag kunnen worden geraakt.

¹⁹ Zie paragraaf 7 van zijn [wetenschappelijk commentaar op artikel 91 van de Grondwet](#).

²⁰ L.F.M. Besselink, [De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties](#), Rapport van het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2003, p. 49.

²¹ Zie 'Remkes en de rechtsstaat #9: Van de grondwet afwijkende verdragen'.

²² Staatscommissie-Remkes 2018, p. 336-337 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-867564.pdf>).

²³ Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 116.

²⁴ Zie ook Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 118.

Dat is hoe dan ook het vertrekpunt van redeneren.' Daarop volgde enige verwarring over wat nu precies (al wel of nog niet) gold.²⁵

Het lijkt mij voor de zuiverheid van de discussie over de uitleg van de reikwijdte van artikel 91, derde lid, Grondwet zeer wenselijk als u duidelijkheid schept over de hiervoor beschreven materie. Wat is momenteel de reikwijdte, welke mogelijkheden tot verruiming zijn er en wat is daar vanuit rechtsstatelijk perspectief voor of tegen te zeggen?

Wat dan eveneens meegenomen zou kunnen worden, is de betekenis voor de reikwijdte van lid 3 van de toevoeging van de algemene bepaling aan de Grondwet. 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.' Je zou kunnen zeggen dat de 'geest' en/of de aan de Grondwet 'ten grondslag liggende beginselen' hierin opgenomen zijn. Is deze algemene bepaling voor de categorie verdragen die van de geest/beginselen afwijken, dan nu (conform de bestaande uitleg van de reikwijdte van lid 3) de specifieke bepaling waarvan wordt afgeweken?²⁶ In de parlementaire geschiedenis bij de algemene bepaling is daar volgens mij niet op ingegaan.²⁷

Tot zover mijn ideeën en suggesties. Indien het voorgaande nadere toelichting behoeft, dan geef ik die graag. Ik wens u veel succes met uw werkzaamheden en advies.

Hoogachtend,

Coen Modderman

Prof. dr. C.B. Modderman | Hoogleraar Recht in de decentrale overheden - Open Universiteit | Thorbecke-fellow - Universiteit Leiden | coen.modderman@ou.nl

²⁵ Zie https://www.eerstekamer.nl/verslagdeel/20190402/meerderheid_van_stemmen.

²⁶ Zie uitgebreider C. Modderman, 'Onzichtbare wijziging van artikel 91 Grondwet', *Montesquieu Instituut* 2023. Zie ook Staatscommissie-Thomassen 2010, p. 116 en 118.

²⁷ Zie noot 11 van C. Modderman, 'Onzichtbare wijziging van artikel 91 Grondwet', *Montesquieu Instituut* 2023.