

Gedaantewisselingen van het recht

Maurice Adams en Willem Witteveen¹

Juristen proberen de relatie tussen de verschillende rechtsordes nog vooral te begrijpen als een probleem van formele hiërarchie: welk niveau van rechtsvorming is uiteindelijk de baas, het nationale, supranationale, of nog een ander niveau? In hun recent verschenen en meergelaagd *Algemeen Deel* leiden Van Gerven en Lierman ons ver voorbij deze traditionele zienswijze. Door te zoeken naar een meer kwalitatieve benadering van wat het betekent om aan het recht gebonden te zijn, confronteren ze ons met nieuwe vragen en uitdagingen op het gebied van democratie, onderwijs en onderzoek.

Alle recht is publiekrecht, zo zou een polemiek kunnen beginnen. Het waarheidsgehalte ervan lijkt recht evenredig gekoppeld aan iemands visie op het recht.² Maar wat die visie ook is, het recent gepubliceerde *Algemeen Deel* – opgenomen in de reeks *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht* – door Walter van Gerven en Steven Lierman³ is sterk publiekrechtelijk gekleurd; exclusief over privaatrecht gaat het boek in ieder geval niet, en wie het gelezen heeft, zal constateren dat dit ook niet kan. Geïsoleerd spreken over privaatrecht is zinloos geworden. Waarom hier aandacht vragen voor dit boek? Daar zijn minstens twee redenen voor: in de eerste plaats onderneemt het vooral de immense gedaantewisselingen die het recht de laatste decennia heeft ondergaan in kaart te brengen en de implicaties daarvan in een ruimer kader te plaatsen; het gaat daarbij om ontwikkelingen die zich in heel wat delen van de wereld ontplooiën, en die voor iedere jurist relevant zijn. In de tweede plaats omdat het boek de opvolger is van een monument, en de meest recente versie ervan, nog door Walter Van Gerven alleen geschreven, al uit 1969 dateert. Nu bovendien blijkt dat het eigenlijk om een nieuw boek gaat, is een uitgebreide reflectie naar aanleiding ervan nog meer gepast.

De kernvraag van het boek is wat de meergelaagdheid van de rechtsorde impliceert voor de kwaliteit van

onze rechtsstaat en hoe het democratisch gehalte daarvan gegarandeerd kan worden. Dit gaat gepaard met een geloofsbelijdenis, aangezien de inzet van het boek steunt op de vooronderstelling dat 'alle lagen en delen van de globale rechtsorde, privaat- en publiekrechtelijk, ondersteund worden door gemeenschappelijke waarden die kenmerkend zijn voor een democratische samenleving' (p. 16). De auteurs doelen daarmee op een Europees *ius commune* dat het recht *bottom up* bijeenbrengt en -houdt; een *ius commune* dat in de praktijk steeds beter verwezenlijkt kan en moet worden.

De ambitie om een landkaart te maken van het kluwen van rechtsontwikkelingen in, zeg, de laatste vijftig jaar – indien we de startdatum van de EEG in 1958 als ijkpunt nemen is daar wel wat voor te zeggen – is bewonderenswaardig. Nu dat gepaard gaat met aanbevelingen over wat de eindbestemming van de reis moet zijn en hoe die het best te bereiken, mag duidelijk zijn dat de ambitie van dit boek (ook) in overdrachtelijke zin welhaast grenzeloos is. Hier willen we doorsteken, na een globale presentatie van het boek,⁴ op drie implicaties ervan: hoe kan soevereiniteit nog geduid worden in een meergelaagde rechtsorde, welk democratieconcept kan de complexe wereld van het recht nog vatten, en wat moeten de vermelde ontwikkelingen voor het onderwijs in de rechten betekenen?

Soevereiniteitsperikelen en een Europees *ius commune*

Uitgangspunt van het boek is de constatering dat het nationale rechtsbestel niet langer autonoom is, maar ingebed in de rechtsorde van de Europese Unie, van de Raad van Europa (EVRM), en van andere internationale instituties. Dit alles geeft aanleiding tot een wisselwerking tussen het nationale, supra- en internationale niveau die alle richtingen uitwerkt. Bovendien bewaarden de lidstaten van de EU weliswaar hun eigen instellingen, grondwet en staatsstructuur, gelijktijdig hebben zich ferme tendensen

Het nationale rechtsbestel is niet langer autonoom, maar ingebed in de rechtsorde van de EU, van de Raad van Europa (EVRM), en van andere internationale instituties

van federalisering voorgedaan. Zo is op economisch en monetair vlak de Unie al in verregaande mate federaal, maar op de domeinen defensie, veiligheid, politie, strafrecht, belastingen, sociale zekerheid, enz. is die dat nog lang niet; daar is intergouvernementaliteit de norm. In ieder geval, de lidstaten zijn 'not fully sovereign states' geworden; er is sprake van gedeelde of gefragmenteerde soevereiniteit, van een meergelaagde⁵ en verstrengelde rechtsorde die niet kan worden herleid tot één gouvernementele beslisstructuur, en waarbij bevoegdheden nu eens door de lidstaten, dan weer door de EU en soms gezamenlijk worden uitgeoefend. Complexiteit is de regel geworden.

Het gaat echter niet alleen om gedeelde en gefragmenteerde soevereiniteit, maar ook om strijd tussen de rechtsordes. Soms wordt de soevereiniteit immers *gelijktijdig* opgevorderd door actoren op verschillende niveaus.⁶ Zo claimt het Europees Hof van Justitie al van in zijn begindagen de ultieme autoriteit: in arresten als *Costa/Enel* (1964), *Internationale Handelsgesellschaft* (1970), *Simmenthal* (1977), enz., allemaal huishoudnamen voor de jurist, stelde het dat het primaire en secundaire Unierecht voorrang heeft op alle *nationale* rechtsregels. Desondanks bewaken de hoogste gerechtshoven van heel wat lidstaten op de een of andere wijze de nationale rechtsorde; stellen die althans voorwaarden op basis waarvan ze de hiërarchische superioriteit van het Europees recht wensen te aanvaarden. Onder meer het tweede *Solange*-arrest van 22 oktober 1986 van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) is hier illustratief: het BVerfG stelt daarin dat alleen voor zover (so lange) het gemeenschapsrecht een gelijkwaardige grondrechtenbescherming waarborgt als het nationale *Grundgesetz*, het zich niet verzet tegen een overdracht van bevoegdheden naar het Europese niveau.⁷ Het Hof beloofde daarmee het inmiddels verworven acquis ter zake, en formuleerde de uitdrukkelijke wens tot voortzetting van deze situatie.

Het gaat niet alleen om gedeelde en gefragmenteerde soevereiniteit, maar ook om strijd tussen de rechtsordes

De geldigheid van een rechtsbron wordt hier niet langer exclusief formeelhiërarchisch gemeten, maar vooral kwalitatief. Opmerkelijk is dat het Europees Hof van Justitie zelf een gelijkaardig kwalitatief standpunt inneemt ten aanzien van de rechtsorde van de VN in zijn zogenaamde *Kadi*-arrest van 3 september 2008.^{8,9}

De vraag die dan rijst, is er een die Neil MacCormick reeds begin jaren negentig stelde: 'Can we think of a World in which our normative existence and our practical life are anchored in, or relative to, a variety of institutional systems, each of which has validity or operation in relation to some range of concerns, none of which is absolute over all the others and all of which, for most purposes, can operate without serious mutual conflict in areas of overlap?'¹⁰ Wat voor MacCormick blijkbaar nog een vraag was (hoewel wellicht een retorische), is dat voor Van Gerven en Lierman allang niet meer: hun antwoord is ondubbelzinnig bevestigend. Voor hen gaat het niet alleen om een intellectuele uitdaging, maar om een ferme en noodzakelijke opdracht. Een aantal opties kondigt zich dan aan.

Vanuit een *institutioneel perspectief* gaat het hier in essentie over wie de ultieme soevereiniteit heeft; over waar de unieke 'Grundnorm' valt te situeren. Onduidelijkheid over de verhouding tussen de verschillende reguleringniveaus moet worden vermeden, zo gaat dan de redenering, en de kwestie is er aldus een van statische

Auteurs

1. Prof. mr. M. Adams is verbonden aan de Universiteit van Tilburg en (in deeltijd) aan de Universiteit Antwerpen.

Prof. dr. W. Witteveen is verbonden aan de Universiteit van Tilburg.

Noten

2. De positivistisch geveerde jurist zal de stelling wel willen onderschrijven: voor hem is het immers altijd een overheid die regels met het stempel van goedkeuring moet bekrachtigen, willen die ook recht zijn.

Anderzijds steunt het 'moderne' recht op de fictie dat het de burger is die door middel van een sociaal contract uiteindelijk deze constituerende overheid zelf moet constitueren. Dergelijke handeling zou je *als contract* privaatrechtelijk kunnen noemen. Later meer hierover.

3. Van Gerven & Lierman, *Algemeen Deel. 40 jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving*,

rechtsvorming en rechtstoepassing,

Mechelen: Kluwer 2010, 603 pagina's.

4. De auteurs geven zelf een overzicht/samenvatting van hun boek in de inleiding (p. 7-18), die we niet gaan herhalen. Wij zoeken hier de rode draad.

5. In het Nederlands dat in Nederland wordt gehanteerd, wordt die meergelaagdeheid meestal gepresenteerd onder de noemer van 'multilevel governance' of 'multilevel constitutionalism'.

6. Zie hierover heel inzichtelijk, en vanuit een rechterlijk perspectief, Cloots, 'Rechterlijke samenwerking in een pluralistische Europese rechtsorde', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2009, p. 146-157.

7. Er bestaat zoals bekend een lijn van arresten van het BVerfG over de verhouding tussen de Europese Unie en het statelijke niveau: *Solange I* en *II* in respectievelijk 1974 en 1986, *Maastricht* uit 1993, *Lissabon* uit 2009 en recent nog *Honeywell*. Deze rechtspraak kent overigens vele

dimensies. Zeer kritisch over de visie van het Duitse Hof over wat het betekent een democratie te zijn, is De Waele, "'Karlsruhe über Alles" – Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse Bundesverfassungsgericht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2010, p. 51-62.

Over de visie van het Belgische grondwettelijke hof, zie Cloots, 'Het Grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair Unierecht aan fundamentele rechten', in: Alen & Van Nieuwenhove (red.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten I*, Brugge: die Keure 2008, p. 17-54. Nederland is een keurige leerling, en conformeert zich aan de supranationaliteit van de Europese rechtsorde.

8. Hierover Janssens, 'Het *Kadi*-arrest van het Hof van Justitie inzake terrorismelijsten', *Rechtskundig Weekblad* 2008-09, p. 1410-1426 en, vanuit internationaalrechtelijk perspectief, Schrijver, 'Eroding the primacy of the UN system of collective security: The Judgment of the European Court of

Justice in the cases of *Kadi* and *Al Barakaat*', *International Organizations Law Review* 2009, p. 329-338.

9. Ook op het nationale niveau dient zich dergelijke competentiestrijd steeds prominenter aan, als een *guerre des juges* over welk nationaal hooggerechtshof de uiteindelijke zeggenschap heeft over de betekenis van de grondwet. Voor wat België betreft: Popelier, 'Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?', *Rechtskundig Weekblad* 2009-2010, p. 50-62. Onder meer hierover voor Nederland (waar de strijd zich aandient): Franken, 'Taken van de Hoge Raad en zijn Parket in 2025', in: Giesen, Hol en Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010 (te verschijnen).

10. MacCormick, 'Beyond the Sovereign State', *The Modern Law Review* 1993, p. 17 en Cloots, l.c., p. 146.

rechtsstatelijkheid; constitutioneel pluralisme is in deze 'Kelseniaanse' opvatting een logisch gedrocht. Het is echter zeer de vraag of dit institutionele perspectief nog adequaat kan worden ingezet om de ontwikkelingen in de Europese ruimte te duiden en te normeren. Een geheel ander institutioneel perspectief neemt J. Weiler in: hij wenst constitutioneel pluralisme wel degelijk te omarmen, maar is desondanks geporteerd van een *Constitutional Council* dat bevoegdheidsconflicten tussen de verschillende rechtsordes uiteindelijk zou kunnen beslechten.²¹ Dat zou kunnen werken, maar de vraag rijst dan wel welke krachten in de vele 'Europese' rechtsordeningen een zo machtig *Council* zouden kunnen vestigen of willen ondersteunen. Vanuit een *materieel perspectief* tenslotte, gaat het vooral over de vraag welk type van normen in bepaalde gevallen de boventoon moeten voeren, ongeacht hun institutionele bron en formele hiërarchie. De al aangehaalde MacCormick had het bijvoorbeeld over internationaal recht als gemeenschappelijke basis van nationaal en EU-recht.²² De samenhang tussen verschillende rechtsordes wordt daarmee getransformeerd van een vraagstuk dat exclusief wordt beheerst door formele opvattingen over de rangorde van rechtsbronnen, naar een van erkenning van constitutioneel pluralisme en welhaast universele 'constitutionele' waarden die de gehele rechtsorde moeten doordringen. De hiërarchische vraag ent zich dus op een kwalitatieve beoordeling van rechtswaarden (en de normen die deze waarden belichamen). Van Gerven en Lierman stellen het onderscheid privaatrecht en publiekrecht stevig ter discussie. Scholten schreef al dat 'de vraag of bepaalde delen van de rechtswetenschap, het burgerlijk procesrecht bijvoorbeeld, tot het privaatrecht of publiekrecht behoren, een vraag van classificering [is], die ons koud kan laten (...).'²³ In ieder geval is het vandaag onmogelijk een sluitend criterium te vinden op basis waarvan privaatrecht en publiekrecht van elkaar kunnen worden onderscheiden. Zo is er sprake van constitutionalisering van vrijwel ieder rechtsdomein. Het gaat dan niet alleen over de door- en horizontale werking van grond- en mensenrechten, zoals gewaarborgd door nationale constituties en Europese en internationale verdragen. Het gaat ook over de erkenning van basisconcepten (bijv. burgerschap), basisprincipes (bijv. subsidiariteit en transparantie) en institutionele verworvenheden (bijv. inspraak en medezeggenschap) die in rechtspraak en beleid tot ontwikkeling zijn gekomen en die van publiekrechtelijke aard zijn. Belangrijk om te zien is bovendien dat traditioneel publiek(rechtelijk)e taken meer en meer worden geprivatiseerd; de overheid hanteert steeds vaker private instrumenten bij het uitwerken en uitvoeren of afdwingen van beleid (overheidsprivaatrecht).

Deze wederzijdse beïnvloeding van rechtsdomeinen doet de vraag rijzen of er niet, omwille van de consistentie en coherentie van de rechtsorde, op zoek moet worden

gegaan naar gemeenschappelijke concepten en beginselen die beide rechtsdomeinen overspannen.²⁴ De vraag stellen, is voor Van Gerven en Lierman het antwoord geven: zij tonen aan dat beginselen als proportionaliteit en evenredigheid, het vertrouwensbeginsel, gelijke behandeling en non-discriminatie, zorgvuldigheid, enz. inmiddels het hele recht en heel wat rechtsverhoudingen beheersen. Door deze bijvoorbeeld in de rechtspraak steeds beter te betrekken, onder meer door middel van conforme interpretatie, kan consistentie, coherentie en rechtszekerheid worden nagestreefd. In ieder geval hechten de auteurs aan een *bottom up*-benadering, want het gaat hen niet zozeer om geforceerde of legislatieve eenmaking of harmonisatie, maar om vrijwillige convergentie. Geforceerde eenmaking is niet alleen onmogelijk omdat daartoe veelal de bevoegdheid op het niveau van de EU ontbreekt of omdat bevoegdheden verdeeld zijn tussen verschillende reguleringsniveaus (met verkoking van het recht tot gevolg), maar ook onwenselijk: diversiteit van rechtsordes, subsidiariteit wat betreft bevoegdheid, en inclusiviteit van alle betrokkenen aan het rechtsvormingsproces zijn immers ook grote goederen, en die verstaan zich niet vanzelfsprekend met *top down* 'geforceerde' regulering. Behalve door conforme interpretatie kunnen convergentie en coherentie verder worden bevorderd door legislatieve uitwaaiering, uitwisseling van *good practices* (vrijwillige communicatie tussen regulatoren als wetgevers, rechters, academici), maar ook door academische vorming en opleiding op basis van gezamenlijke curricula en gemeenschappelijk studiemateriaal.

Is met dit alles het belang van een formele bronnenhiërarchie van het recht verdwenen? De ordening en het conceptuele houvast die daardoor wordt geboden blijft belangrijk, maar is niet meer exclusief. Dergelijke bronnenhiërarchie is geworden tot maar één factor te midden van anderen. Veel belangrijker is de afweging van fundamentele waarden en belangen, waar nationale, Europese of internationale normen voor staan. Het uitgangspunt van Van Gerven en Lierman is dat hoe 'zwaarder' de met een norm beschermde waarde of beschermd belang weegt, en hoe beter een rechtsorde met de bescherming daarvan omgaat, des te meer verdient die rechtsorde doorslaggevend te zijn. De omstandigheid dat een van de normen zijn oorsprong vindt in een hogere rechtsorde weegt weliswaar mee, en kan dan zelfs doorwegen wanneer eenvoudigheid van recht binnen een uitgestrekt rechtsgebied voorop moet staan (...). Maar determinerend is die factor niet' (p. 170). Kortom, in een meergelaagde rechtsorde is de formele hiërarchie van rechtsnormen een relatief en flexibel gegeven. Soevereiniteit krijgt daarmee een geheel andere gedaante.

In het verlengde van dit laatste mondt het pleidooi van Van Gerven en Lierman uit in een ontwerp van een op het IPR gebaseerd collisiericht, dat de verhoudingen

In een meergelaagde rechtsorde is de formele hiërarchie van rechtsnormen een relatief en flexibel gegeven. Soevereiniteit krijgt daarmee een andere gedaante

De auteurs distantieren zich van de opvatting dat democratie vooral representatieve democratie is, met een hoofdrol voor door de burgers gekozen parlementen

en mogelijke conflicten tussen verschillende lagen van recht en de daarbij horende normen zou kunnen beheersen. Hier vloeien de twee belangrijkste ontwikkelingen die de auteurs beschrijven (de spanning c.q. strijd tussen rechtsordes (rechtslagen) en het steeds verder wegvallen van het onderscheid publiek- en privaatrecht) samen: de beginselen die geheel het recht stutten zouden in principe immers ook erkenning moeten krijgen als hoogst in hiërarchie.

Omdat de voorgestelde collisieregels de verhouding tussen rechtsordes betreft is dit in wezen een publiekrechtelijke aangelegenheid. Drie van dergelijke regels worden geïdentificeerd:

- Nationaal recht erkent de voorrang van Europees recht, en het Europees recht dat van het internationaal recht. Hiërarchie is hier dus het uitgangspunt, maar alleen maar voor zover het bevoegdheden betreft die door de oprichtingsverdragen zijn overgedragen naar het EU-niveau conform de nationale grondwettelijke bepalingen, en conform het beginsel van subsidiariteit. In ieder geval kan de nationale hoogste (veelal constitutionele) rechter over de legitimiteit ter zake beslissen.
- In de tweede plaats moet voor de bescherming van grondrechten en fundamentele vrijheden aanspraak kunnen worden gemaakt op de rechtsorde die de hoogste graad van bescherming biedt, ook als dat een formeel lagere rechtsorde is. De beschermingskwaliteit van de rechtswaarde die in het geding is, is dus bepalend voor de keuze. Hier wordt op de formele hiërarchie van rechtsbronnen dus inbreuk gemaakt door een kwalitatieve hiërarchie als uitgangspunt te nemen (*so lange!*).
- In de derde plaats dient het principe van conforme interpretatie te gelden: lager (nationaal) recht dient conform hoger (supra- of internationaal) recht te worden geïnterpreteerd.

Drie manieren om orde te scheppen

Door deze uitgangspunten te formuleren, zouden de

11. Weiler, 'The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals', *European Law Review* 1997, p. 155.

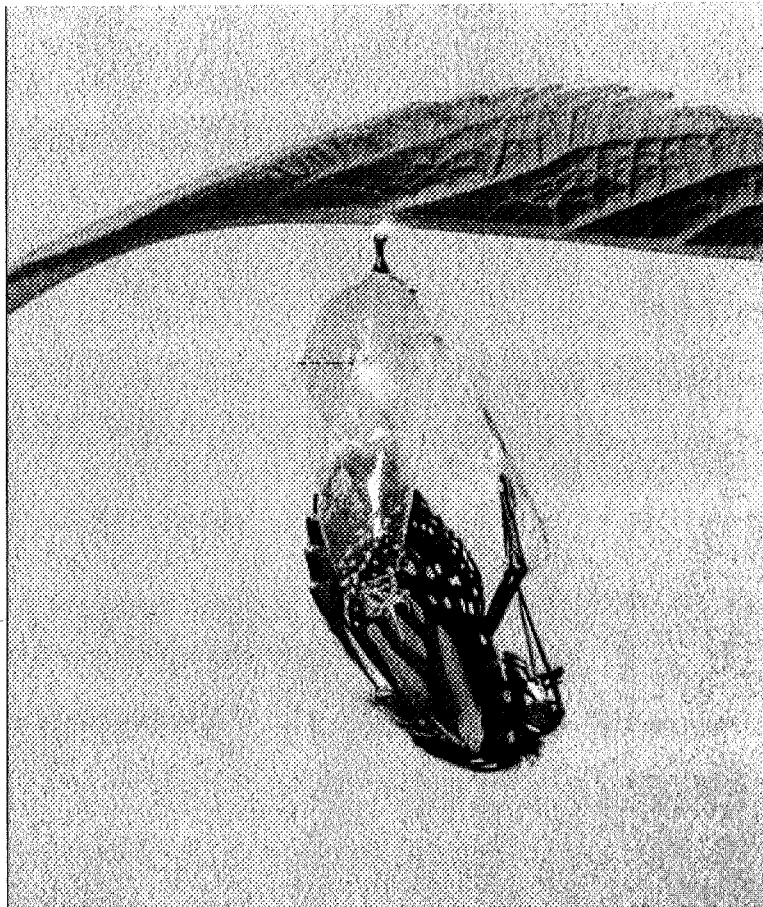
12. MacCormick, 'Risking Constitutional Collision in Europe?', *Oxford Journal of Legal Studies* 1998, p. 517-532.

13. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1934, p. 34. Van Gerven &

Lierman, o.c., p. 10 en 517.

14. Een gelijkaardig pleidooi in de context van de common law is te vinden in een prachtig boek door Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, 316 pagina's.

15. Lakoff en Johnson hebben laten zien



Koningsvlinder © Wave/Corbis

belangen van formele rechtszekerheid en materiële rechtvaardigheid kunnen worden verzoend, en de coherentie van het rechtssysteem bevorderd. In sommige situaties en contexten zal formele hiërarchie te prefereren zijn, in andere situaties en contexten ligt de nadruk op beginnelen. Altijd zal daarbij aandacht moeten zijn voor grensafbakening en grensoverschrijdingen, waarbij netwerken van actoren betrokken zijn. Het boek laveert daarmee tussen drie herkenbare rechtstheoretische posities: Kelsens formele *Grundnorm*, Dworkins beginselenbenadering (*law as integrity*) en ideeën over netwerken van rechtsontwikkeling zoals onder meer verwoord door Hirsch Ballin. Naar ons inzicht wordt hier op een knappe, zij het impliciete manier gebruikgemaakt van het ordeningspotentieel van drie structurerende metaforen.¹⁵ Kelsen biedt wellicht het meest subtiele beeld van hiërarchie als ordeningsmodel.¹⁶ Dworkin gaat uit van de geleidelijke ontwikkeling van een rechtssysteem naar een zuivere verwerkelijking van de politieke beginselen die het coherentie kunnen verschaffen; hij geeft daarmee een beeld van organische ontwikkeling (altijd al aanwezig in de *common law*).¹⁷ En Hirsch Ballin gebruikt heel expliciet en reflectief het potentieel van het netwerk als organisatievorm om greep te krijgen op transnationale rechtsontwikkeling waarbij ook waarden die deel uitmaken van een internationale rechtsorde (binnen Europa is dat het *ius*

dat ook metaforen die in het discours nauwelijks worden opgemerkt een sterk structurerend effect hebben: Lakoff & Johnson, *Metaphors We Live By*, Chicago: Chicago University Press 1980. Over deze drie metaforen in relatie tot andere structurerende metaforen die het denken en spreken over de staat vormgeven, zie Witteveen, De

denkbeeldige staat, Amsterdam: Amsterdam University Press 2000, p. 27-62.

16. Kelsen, *Introduction to the problems of legal theory*, translation by B. & Paulson, Oxford: Clarendon Press 1992.

17. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge Mass.: Belknap Press 1986.

Het democratisch tekort vindt compensatie in een forse toename van toezichthouders in alle deelordeningen

commune) betrokken worden.¹⁸ Van Gerven en Lierman kiezen niet tussen deze drie structurerende metaforen, maar we kunnen die desondanks gebruiken om orde te scheppen in de veelheid aan casus die zij grondig hebben geanalyseerd en de ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie die ze in kaart hebben gebracht.

Wat daarbij opvalt, is dat hun benaderingswijze ondanks alles een typisch privaatrechtelijke is, waarbij het waardendenken en de juridische topiek, waarover Van Gerven in ander verband gezaghebbend heeft geschreven, de boventoon voeren.¹⁹ Zo zien we dat de kenmerkende publiekrechtelijke benadering van legitimiteit ('Wie is bevoegd?') aangevuld wordt door een privaatrechtelijke 'kwalitatieve' aanpak van wat het betekent om gebonden te zijn aan het recht. De achtergrond van de auteurs zal daar mee van doen hebben: beiden zijn immers van oorsprong privatisten. De boutade waarmee dit artikel begon wordt daarmee gekwalificeerd: weliswaar is alle recht vanuit een bepaald perspectief publiekrecht en krijgen typisch publiekrechtelijke overwegingen en leerstukken tegenwoordig steeds meer prominentie, ook in het privaatrecht. Maar tegelijkertijd is een typisch publiekrechtelijke (i.e. formele) benadering van legitimiteit en een daarbij horende hiërarchische rechtsbronnenleer steeds minder doorslaggevend in de actuele wereld van het recht, en wordt die aangevuld door een privaatrechtelijke benadering van gebondenheid. Ook zo bezien doorkruisen publiek- en privaatrecht elkaar.

De democratische kwaliteit van de rechtsorde

In het boek van Van Gerven en Lierman manifesteert zich uiteindelijk een complex en subtiel beeld van een meergelaagde en meerledige rechtsorde. Complex omdat het eigenlijk niet meer mogelijk is een matrix te maken met verticaal gerangschikt de lagen van de rechtsorde van hoog naar laag en horizontaal gerangschikt de cellen van elkaar aanvullende normatieve sociale ordeningen. De complexiteit is die van voortdurende grensbepalingen en grensoverschrijdingen, waardoor de rechtsorde zich altijd op vele manieren en vanuit vele instanties tot elke burger of elk rechtssubject kan richten, zonder dat het overzicht geboden kan worden dat nog wel bestond in de tijd van de nationale soevereine staten. Subtiel omdat er antwoorden worden gezocht op de vraag hoe deze nieuwe Europese wanordelijke orde democratisch gedacht kan worden en rechtsstatelijke kwaliteit kan waarmaken. Daardoor distantiëren de auteurs zich van de opvatting dat democratie vooral representatieve democratie is, met een hoofdrol voor door de burgers gekozen parlementen. Een veel bredere, rijkere conceptie van democratie is in ontwikkeling en daarbij worden de rechtsstatelijke kwaliteiten nadrukkelijk in het beeld betrokken.

Om te beginnen signaleren de auteurs dat het democratisch tekort in Europa, vele malen geconstateerd en bewegend, op alle besturende niveaus en in alle netwerkordeningen al tot compenserende reacties heeft geleid. Hoofdstuk 6 met de fraaie titel 'Zelfbesturend burgerschap' wijst op bescheiden pogingen de burgers meer bij het beleid te betrekken door vormen van participatieve democratie. Vanuit het Europese niveau worden nieuwe methoden van *governance* ontwikkeld die van open normen, dialoog en *soft law* gebruikmaken. De terugtrekkende overheid heeft op een aantal gebieden zelfregulering en alternatieve regulering mogelijk gemaakt. In de wetgeving wordt meer gewerkt met open normen die afweging van belangen vergen. Het debat wordt daarbij gevoerd in de terminologie van de grondrechten, die een gedifferentieerd patroon van klassieke, sociale, culturele en politieke rechten laten zien. Deze veranderingen op zich roepen weer rechterlijk activisme op. Het democratisch tekort vindt compensatie in een forse toename van toezichthouders in alle deelordeningen. Openbaarheid en rekenplichtigheid van het bestuur ondersteunen het door controlerende en rechtsprekende instanties gewaarborgde ideaal van de rechtsstaat, waarin de burger rechtszekerheid en bescherming wordt geboden.

Een complex en subtiel systeem van een meergelaagde en meerledige rechtsorde in de Europese ruimte ontmoet dus een complex en subtiel samenstel van instituties die de ontwikkeling van deze orde rechtsstatelijk en democratisch kunnen houden. Volksvertegenwoordigende lichamen zijn in het nieuwe evenwicht van machten slechts een macht naast andere; hen komt kennelijk geen politiek primaat meer toe. Het is tekenend dat wanneer de auteurs het verschijnsel democratie gaan definiëren gekozen parlementen hierbij een onopvallende plaats toekomt, als een element dat vooral wordt verondersteld. Een citaat:

'Democratisch bestel, rekenplichtig (*accountable*) of verantwoordelijk bestuur en rechtsstaat zijn begrippen die nauw verbonden zijn met elkaar (...). In een democratie staat evenwichtig en behoorlijk bestuur voor een openbaar bestuur dat zodanig is georganiseerd dat alle onderdelen elkaar in evenwicht houden en op elkaar toezien waardoor misbruik van macht tot een minimum wordt herleid (*integer government*). Bovendien moet de organisatie, wil zij democratisch zijn, dusdanig zijn gestructureerd dat er zoveel mogelijk burgers bij het bestuur betrokken zijn, en dat de gestelde burgerobjectieven (*citizen-goals*) zo goed mogelijk worden verwezenlijkt dankzij een efficiënte inzet van schaarse middelen (*good governance*). (...) Voor een meergelaagde statelijke en juridische structuur is kenmerkend dat zowel de onderwerping aan recht en het vereiste van rechtsgrondslag als de democratische legitimatie van regelgeving en besluitvorming, verticaal en horizontaal, verspreid liggen over verschillende organen en over verschillende niveaus.' (p. 56-57).

De nieuwe sleutelbegrippen zijn dus: openbaarheid, verantwoording, integriteit, goed bestuur, evenwicht van machten. Deze noties komen deels naar voren in de representatieve, maar deels ook in de participatieve democratie. Beide vormen van democratie zijn in de nieuwe Europese orde die zich nog aan het ontwikkelen is echter zwak aanzet. Is het mogelijk de lijnen naar de toekomst door te trekken? In zijn recente meesterlijke geschiedenis van de

democratie signaleert John Keane het ontstaan van een nieuw type democratie dat de representatieve democratie aanvult en corrigeert door een toename van instituties die als waakhonden of monitoren het functioneren van de officiële staatsinstellingen kritisch begeleiden. Zoals Van Gerven en Lierman laten zien dat een veelheid van instituties betrokken is bij een nieuwe meergelaagde en meerledige Europese rechtsorde, laat Keane zien dat er een enorme variëteit is aan vormen van 'monitory democracy'. Tussen de onderdelen van zijn immense opsomming lijkt zelfs geen enkel verband te bestaan. Keane noemt onder veel meer: burgerjury's, burgerbetrokkenheid bij gemeentelijke begrotingen, denktanks, consensus conferenties, teach-ins, focusgroepen, adviesorganen, mensenrechten organisaties, consumentenbonden, actieve rechters, democratie cafés, deliberatieve opiniepeilingen, sociale forums, raden van experts, herdenkingsbijeenkomsten. Deze, en nog veel meer vormen, tellen mee als vormen van waakhondendemocratie als ze erop gericht zijn het publiek te informeren en van betere informatie te voorzien over de vele standpunten die in publieke kwesties kunnen worden ingenomen.

'What is distinctive about this new historical type of democracy is the way all fields of social and political life come to be scrutinized, not just by the standard machinery of representative democracy but by a whole host of non-party, extra-parliamentary and often unelected bodies operating within, underneath and beyond the boundaries of the territorial states.'²⁰

Net als bij Van Gerven en Lierman is hier sprake van een erkenning van het belang van grensbewaking en grensoverschrijding, aan de kant van besturende en rechtsvormende organen en aan de kant van democratische waakhonden die de belangen van de burgers dienen.

Keane trekt de conclusie dat het oude maxime van de vertegenwoordigende democratie dat één persoon, één stem en één vertegenwoordiging met elkaar verbindt plaats moet maken voor de nieuwe norm van de waakhondendemocratie: 'One person, many interests, many voices, multiple votes, multiple representatives.'²¹

Het lijkt een maxime te zijn dat ook in het zicht komt bij een volgende fase van het door Van Gerven en Lierman beschreven ontwikkelingsproces in de Europese rechtsruimte.

Consequenties voor het onderwijs

Dit alles kan niet anders dan consequenties hebben voor de inrichting van het juridische onderwijs. Enerzijds omdat als de burgers het overzicht over de rechtsorde in

Het is niet langer verantwoord om studenten in aparte vakken de doctrine en de rechtsontwikkeling op conceptueel gescheiden gedachte domeinen van recht bij te brengen

Europa kwijt zijn, het toch in de eerste plaats de geschoolde juristen zijn die zich deze kennis eigen moeten maken en doorgeven. Maar anderzijds omdat het onderwijs de juridische en maatschappelijke realiteit niet kan negeren. Wat dit laatste betreft: welke consequenties moet de steeds groter wordende complexiteit van het recht hebben voor de inrichting van de opleiding in de rechten? In ieder geval drie kwesties dienen zich aan.²²

In de eerste plaats rijst de vraag naar de betekenis van een indeling van het onderwijs langs de *summa divisio* publiek-privaatrecht. Het is zonneklaar dat uit de analyse van Van Gerven en Lierman de conclusie getrokken moet worden dat deze traditionele indeling in rechtsgebieden obsoleet is geworden als men adequaat wil inspelen op de ontwikkelingen die zich in de transnationale rechtspraktijk voordoen. Het is niet langer verantwoord om studenten in aparte vakken de doctrine en de rechtsontwikkeling op conceptueel gescheiden gedachte domeinen van recht bij te brengen. Het bij elkaar brengen en integreren van kennis moet niet buiten of na de studie gebeuren maar erin. Veel beter lijkt het relevante thema's te kiezen (zoals 'Rechtsorde in Europa' of 'Vraagstukken van soevereiniteit') en vanuit deze thema's zowel de eigenstandige betekenis als de interactie tussen de traditionele disciplines van recht te laten zien. Om scherp zicht te krijgen op ontwikkelingen die de meergelaagde en meerledige rechtsorde in Europa beïnvloeden, is het voorts nodig gebruik te maken van kennis en methoden uit andere disciplines die zich richten op de bestudering van economie, samenleving, cultuur en geschiedenis. Interdisciplinariteit, mits op bescheiden en realistische wijze aangepakt, kan gericht worden ingezet om het onderwijs meer levensecht en relevant te maken en studenten intellectuele bagage mee te geven waarmee ze zelf beter hun weg kunnen vinden in de veranderlijke wereld van het recht.

In de tweede plaats roept dit alles een commentaar op bij een sluipende ontwikkeling die de kwaliteit van al

18. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling*, Utrecht: Lemma 1999. Over recht als netwerk en piramide, zie tevens Ost & Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Brussel: Publ. FUSL 2002.

19. Van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen en Zwolle: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij respectievelijk W.E.J. Tjeenk Willink 1973.

20. Keane, *The Life and Death of Democra-*

cy, London: Simon and Schuster 2009, p. 695.

21. *Ibid.*, p. 691.

22. En dan hebben we het nog niet over andere deels hiermee samenhangende en overlappende uitdagingen die zich momenteel manifesteren ten aanzien van de rechtenopleiding: hoe dient de verhouding tussen een meer theoretische (althans theoretievormende) en praktische benadering van het rechtsonderwijs te zijn, moet het om

een beroeps- en/of een academische opleiding gaan, hoe en in welke mate moeten academische en praktische vaardigheden worden geïncorporeerd in de studie, moet het perspectief van de rechter (aan de hand van de casus) centraal (blijven) staan of het perspectief van de wetgever, hoe verhoudt de academische opleiding zich tot de rechtenopleiding aan de hogescholen, enz.?

Vgl. Van Hoecke, 'European Legal Cultures in a Context of Globalisation', in: Gizbert-

Studnicki & Stelmach (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Unity and Diversity*, z.p.: Wolters Kluwer 2007, p. 98-99 en Dedek & De Mestral, 'Born to be Wild: The "Trans-systemic" Programme at McGill and the De-Nationalization of Legal Education', *German Law Journal* 2009, p. 889-910.

het rechtenonderwijs ondermijnt: het in aparte organisaties, compartimenten en financieringsstromen onderbrengen van enerzijds het onderwijs en anderzijds het onderzoek. Deze trend berooft het onderwijs van verse input uit wetenschappelijk onderzoek en onthoudt heel wat onderzoekers de confrontatie met aankomende juristen die de antwoorden nog niet kennen maar vaak wel op indringende wijze de vragen stellen waar rechtswetenschap over zou moeten gaan.

In de derde plaats rijst de vraag wat we moeten aanbieden in het onderwijs: moeten de rechtsregels centraal staan, of de onderliggende beginselen? Het antwoord is natuurlijk: beide in samenhang bekeken. Maar dat vereist dan wel een benadering die afwijkt van wat er vandaag veelal gebeurt. Want nog al te exclusief staat encyclopedische kennis van het regelbestand centraal in de juridische opleiding, ten koste van enige andere benadering. Er is meer aandacht voor de integrerende rol van rechtswaarden en beginselen nodig. Dat betekent niet dat kennis van de uitdrukkelijke rechtsregels onbelangrijk is; om het positieve recht kritisch te kunnen beoordelen vanuit de dragende beginselen is kennis ervan onontbeerlijk. Academische vorming in de rechten moet dus steunen op een kennisfundament van het positieve recht. Wel betekent dit dat deze kennis moet worden ingebed in een reflectieve en kritische beoordeling van dat positieve recht, met prominent de stuttende normen als toetsingskader. In het rechtenonderwijs dient zich dus een permanente wisselwerking tussen rechtsregels en beginselen te ontplooiën.

Deze kwestie kwam al prominent ter sprake naar aanleiding van de BAMA-hervorming heel wat jaren geleden. Toen ging het overigens niet alleen om de vraag wat de Europeanisering en globalisering van het recht impliceren voor het onderwijs, maar ook over hoe in drie jaar een basisjurist gevormd kan worden in een context van een steeds maar uitdijend regelbestel. K. Geens schreef destijds al terecht dat '[het] is niet omdat de rechtsregeltjes steeds talrijker worden, dat ze belangrijker worden. Beginselen, begrippen en methodes die denkschema's aanreiken, worden daarentegen steeds kostbaarder bakens voor de jurist die op zoek is naar het vatten van de essentie van weer eens een nieuw functioneel rechtsgebied (Milieurecht, Vreemdelingenrecht, Informaticarecht...) dat zonet aan de maatschappelijke noden ontsproten is'²³ Waar dit citaat vooral verwijst naar de regelvloed die over ons wordt uitgestort, is het evenzeer van toepassing op de internationalisering van de rechtsorde. In ieder geval, uit de analyse van Van Gerven en Lierman kan weinig anders

volgen dan dat methodes en waarden, vragen stellen, leren redeneren, creatief denken in alternatieven en onderzoeken, het aanleren van basisprincipes, basisbegrippen, juridische oplossingen zoeken die gemeenschappelijk zijn binnen de Europese rechtscultuur, inclusief aandacht voor lokale verschillen en oplossingen,²⁴ minstens even belangrijk zijn geworden voor begrip en kennis van het recht dan encyclopedische kennis daarvan. En dit in samenhang met het aanbrengen van een bevragende of onderzoekende houding. Niet alleen de *lege lata*, maar ook de *lege ferenda*. Niet alleen doceren aan de hand van handboeken die alomvattend de te kennen leerstof beschrijven (en die dan soms als exclusief studiemateriaal dienen), maar ook discussie en debat aan de hand van artikelen uit wetenschappelijke tijdschriften, met eventueel materiaal uit de actualiteit als 'trigger'. Voormalig president van de Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, F. van Oostrom, noemde deze benadering 'onderzoekend onderwijs', en 'studenten laten houden van het vraagtaken'.²⁵ Men zou deze frases ook kunnen zien als eindtermen van academisch onderwijs.

Tot slot

De ontwikkeling naar een meergelaagde rechtsstructuur is vandaag veelvuldig onderwerp van onderzoek. Het belang ervan valt nauwelijks te overschatten. Wat echter opvalt, is dat heel wat juristen de relatie tussen de verschillende rechtsordes nog vooral proberen te begrijpen als een probleem van formele hiërarchie: welk niveau van rechtsvorming is uiteindelijk de baas (heeft ultieme autoriteit of het laatste woord), het nationale, supranationale, of nog een ander niveau? Van Gerven en Lierman leiden ons in hun nieuwe meergelaagd boek ver voorbij deze te traditionele uitgangspunten. Door in te steken op een meer kwalitatieve benadering van wat het betekent om aan het recht gebonden te zijn, confronteren ze ons met nieuwe vragen en uitdagingen op het domein van democratie, onderwijs en onderzoek. •

23. Geens, 'De BAMA-hervorming: een tegendraads voorstel', in: Flerackers (red.), *Recht en vorming. Juridisch onderwijs in de kring*, z.p.: De Boeck/Larcier 2003.

24. Aldus ook reeds Ost & Van Hoecke, 'Naar een Europese rechtsopleiding', *Rechtskundig Weekblad* 1989-90, p. 1001-1002. Ost en Van Hoecke bepleiten tevens een onderverdeling tussen een

beginselenbenadering in de eerste fase van de opleiding (wat vandaag de bachelor is), en een meer technische of regionale opleiding in de latere fase (wat vandaag de master is).

25. Tekst van lezing aan de Universiteit Utrecht in 2009. Een eerdere weerslag daarvan is te vinden op www.knaw.nl/nieuws/pers_pdf/jaarrede_2006.pdf.