

# Globaliserende rechtspraak: democratisch omstreden?

Maurice Adams\*

*An Englishman's home is his castle.* In deze uitdrukking klinken nationale trots en zelfgenoegzaamheid (in de letterlijke zin van het woord) door. Een vergelijkbaar sentiment is vaak te bespeuren bij tegenstanders van het gebruik van buitenlands recht in de rechtspleging: de nationale rechter 'should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans'.<sup>1</sup> Toch laat de praktijk van de hedendaagse rechtsstelsels zien dat buitenlandse rechtsbronnen wel degelijk worden gehanteerd in de rechtspleging. Hoe dit te bezien in het licht van de zojuist geciteerde frase? Wat staat er op het spel?

## 1 De rechter als globetrotter

De rechterlijke macht globaliseert. *Top-down* – internationaal recht dat als bindende rechtsnorm aan de rechter wordt opgelegd – is dat al sinds lang het geval, maar van hun kant laten ook nationale rechters zich niet onbetuigd: steeds vaker onderbouwen zij onverplicht hun uitspraken met buitenlands recht. Sterke voorbeelden hiervan zijn te vinden in Canada en Zuid-Afrika, maar ook in Nederland lijkt deze transnationale praktijk van rechtspleging zich aan te dienen.<sup>2</sup>

## De rechterlijke macht globaliseert

Zelfs rechters in landen die traditioneel meer op zichzelf zijn gericht hanteren zo nu en dan niet-bindend recht van elders. Zo achtte in 2005 de meerderheid van het *US Supreme Court* in de zaak *Roper v. Simmons*<sup>3</sup> de doodstraf voor jeugdige delinquenten een vorm van 'cruel and unusual punishment' – verboden door het Achtste Amendement van de Amerikaanse Grondwet – en betrok het, bij monde van Justice A. Kennedy, buitenlandse rechtspraak en internationale ontwikkelingen op het gebied van mensenrechtenbescherming in zijn oordeel:

'It is proper that we acknowledge the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty. (...) The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions.'<sup>4</sup>

Zonder protest passeert dit echter niet. In zijn *dissent* in deze zaak stak Justice Scalia zijn afkeuring niet onder stoelen of banken: 'What these foreign sources "affirm", rather than repudiate, is the Justices' own notion of how the world ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America.'<sup>5</sup> Twee jaar eerder had het *US Supreme Court* – in de zaak *Lawrence vs. Texas*<sup>6</sup> – deelstatelijke wetgeving die consensuele homoseksuele contacten verbood ongrondwettig verklaard en in zijn meerderheidsopinie verwees Justice Kennedy naar rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van een aantal West-Europese landen. Ook toen kwam hem dat op een fikse schrobbering van een aantal mede-Justices te staan, die onder aanvoering van Scalia lieten weten dat '[t]he Court's discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is (...) meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since "this court (...) should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans."<sup>7</sup>

\* Prof. mr. M. Adams is als hoogleraar Encyclopedie van het recht verbonden aan Tilburg Law School (Departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis), en deeltijd hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen. Dank aan Karlijn van Blom, Dick Broeren (beiden Tilburg Law School) en Kees Quist (UU) voor commentaar op een eerdere versie van dit artikel. Het onderzoek waarop dit artikel steunt werd mogelijk gemaakt door een subsidie van het NWO (Omstreden democratie).

1 Aldus *US Supreme Court Justice Antonin Scalia*; 539 US (2003) p. 598 (Justice Clarence Thomas citerend in de zaak *Foster v. Florida* uit 2002).

2 Hierover M. Adams & E. Mak, 'Buitenlands recht in nationale rechtspleging: onder welke voorwaarden is dat feitelijk nuttig en mogelijk?', *NJB* 2011-43, p. 2912-2919.

3 543 US (2005), p. 551.

4 543 US (2005), p. 578. Kennedy haalde prominent art. 37 van het Verdrag voor de Rechten van het Kind aan, waarin de doodstraf voor jeugdigen wordt verboden. Alleen de VS en Somalië hebben zich niet bij dit Verdrag aangesloten.

5 543 US (2005), p. 628.

6 539 US (2003), p. 558.

7 539 US (2003), p. 598 (zie tevens voetnoot 1). Zie E. Hondius in dit tijdschrift over de Amerikaanse discussie: 'Naar een Europese Asser-serie', *AA* 2011-10, p. 741-742 ((AA20110741) inclusief nuanceringen over de positie van Scalia).

Inmiddels is in de Verenigde Staten van Amerika de discussie over deze praktijk danig gepolariseerd.<sup>8</sup> De tegenstanders ervan steunen veelal op sterke noties van nationale of populaire soevereiniteit (met een daarbij horend wantrouwen ten aanzien van elites, waaronder rechters), zijn vaak ook het zogenaamde ‘originalism’ toegedaan<sup>9</sup> en zijn politiek meestal van conservatieve signatuur.<sup>10</sup> De voorstanders zijn meestal het tegenovergestelde gedachtegoed toegedaan. Omdat deze ‘bijkomstigheden’ dus vaak sterk verweven zijn met opvattingen over het gebruik van buitenlands recht, is het debat soms ook tamelijk verwarrend.

Er valt veel te zeggen voor het met een open vizier naar de wereld kijken, maar dat geldt voor een kritische blik evenzogoed. Kan het gebruik van buitenlands recht in nationale rechtspleging democratisch worden gerechtvaardigd?<sup>11</sup> In dit artikel wil ik deze vraag proberen te beantwoorden door Amerikaanse en Europese benaderingen ter zake te contrasteren. Zoals zal blijken zet een en ander de discussie over wat heeft te gelden als recht of rechtsbron, en over de verhouding en hiërarchie tussen rechtsbronnen en rechtstelsels, op scherp. Het is daarmee in de kern een constituerend – en dus constitutioneel, ruim opgevat – onderwerp.

## Kan het gebruik van buitenlands recht in nationale rechtspleging democratisch worden gerechtvaardigd?

### 2 Wat aanvaarden we als rechtsbron?

#### 2.1 Dat hangt af van de vigerende visie op rechtsbinding en democratie...

In een indringend artikel analyseert de Amerikaanse constitutionalist en rechtstheoreticus Frederick Schauer<sup>12</sup> het debat over het gebruik van buitenlands recht als binnenlandse rechtsbron, en hij doet dit in termen van wat het betekent om aan recht gebonden te zijn. Het loutere feit dat een regel in een bepaalde jurisdictie formeel als recht erkend wordt, zo stelt Schauer, brengt een zekere gebondenheid met zich mee en die gebondenheid staat in principe los van de inhoud van de regel. Het recht is in die zin een *authoritative* en *content-independent* praktijk.<sup>13</sup>

‘A Supreme Court Justice who accepts the authority of previous Supreme Court decisions (according to the principle of *stare decisis*) is expected to conclude that advocacy of racial hatred is constitutionally protected even if they believe that such a conclusion is legally erroneous.’<sup>14</sup>

Met deze stelling als uitgangspunt beoordeelt Schauer het gebruik van buitenlands recht door enkele *US Supreme Court Justices*. In de eerderevermelde zaak *Roper v. Simmons* refereerde Justice Kennedy niet alleen aan de ‘overwhelming weight of international opinion’, hij had het zelfs over ‘virtual unanimity’.<sup>15</sup> Schauer zegt hierover dat ‘[t]his is not the language of persuasion; it is the language of authority’.<sup>16</sup> Kennedy voelt zich blijkbaar gebonden door *international opinion*, en dat maakt volgens Schauer een cruciaal verschil voor de legitimiteit ervan:

‘It is the very actions of the *other nations*, and not their justifications for those actions, that add weight to the Court’s conclusion; and the fact that the actual reasoning of these *other courts and nations* is not described at all in the opinion adds credence to this interpretation. It is simply the conclusion that other nations have reached that is supposed to make a difference’.<sup>17</sup>

Hoewel Schauer Kennedy wel erg stellig *language of authority* toedicht, is zijn punt van belang, want het legt bloot dat er onduidelijkheid kan bestaan over wat erkend en bindend recht is. In Schauers visie moet verwarring over welk recht van toepassing kan zijn zoveel mogelijk worden vermeden, want dat ondermijnt de ‘stabiliserende’ functie van het recht. Daarom is het volgens hem verstandig om in principe alleen recht te spreken op basis van rechtsbronnen die als zodanig erkend zijn in een officiële ‘leer’ ter zake. Zodra de bevoegde rechtsschepper bepaalde normen tot recht heeft verheven (in de vorm van wetgeving of precedent), mag en moet de rechter in principe alleen die normen toepassen. En die regelstellende overheid wordt uiteindelijk gelegitimeerd door, in zijn geval, het Amerikaanse volk. Deze formeel-democratische visie op wat het betekent om aan recht gebonden te zijn, is dus ferm geworteld in nationale grond.<sup>18</sup>

Waar Schauer vooral de nadruk legt op de stabiliserende functie van het recht (rechtzekerheidsargument), formuleren anderen de kwestie meer uitdrukkelijk als een theorie over wat democratie in deze context vermag. Richard Posner stelt het als volgt:

‘The decisive objection to citing foreign decisions as authority is the undemocratic character of the practice. Even decisions rendered by judges in democratic countries, or by judges from those countries who sit in international courts, are outside the U.S. democratic orbit.’<sup>19</sup>

- 8 Inclusief doodsbedreigingen aan het adres van die rechters die zich voorstander van het gebruik van buitenlands recht tonen. Zie hierover [http://articles.cnn.com/2006-03-15/justice/scotus.threat\\_1\\_justice-ginsburg-death-threat-court-reporter?\\_s=PM:LAW](http://articles.cnn.com/2006-03-15/justice/scotus.threat_1_justice-ginsburg-death-threat-court-reporter?_s=PM:LAW) (laatst geraadpleegd op 3 maart 2012). Wat gematigder qua toonzetting waren de hoorzittingen in het Amerikaanse *House of Representatives* in 2004 over de vraag of Amerikaanse rechters zouden mogen steunen op buitenlands of internationaal recht in constitutionele zaken. Zie V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 1.
- 9 Dat is kort – en misschien wat kort door de bocht – gezegd de denkrichting die leert dat de Amerikaanse Grondwet moet worden geïnterpreteerd op basis van ofwel de door de oorspronkelijke auteurs bedoelde betekenis ervan, ofwel de woordelijke betekenis.
- 10 De vermelde Justice Scalia lijkt heel wat van die hoedanigheden in zich te dragen. Sommige als eerder ‘liberaal’ – in de Amerikaanse betekenis van het woord – bekend staande juristen zijn overigens ook een bepaalde versie van het originalisme toegedaan. A. Reed Amar is er een bekend voorbeeld van. Zie zijn ‘Rethinking Originalism’: [www.slate.com/id/2126680/](http://www.slate.com/id/2126680/) (laatst geraadpleegd op 3 maart 2012).
- 11 De vraag naar onder welke voorwaarden het feitelijk nuttig en mogelijk is een buitenlandse bron te gebruiken, kwam aan de orde in Adams en Mak 2011.
- 12 F. Schauer, ‘Authority and Authorities’, 94 *Virginia Law Review* 2008, p. 1931-1961.
- 13 De *locus classicus* ter zake is nog steeds H.L.A. Hart, ‘Commands and Authoritative Legal Reasons’, in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press 1982, p. 261-266.
- 14 Schauer 2008, p. 1942 (voetnoot verwijderd).
- 15 543 US (2005), p. 575 en 578.

- 16 Schauer 2008, p. 1944 (voetnoten verwijderd).
- 17 Schauer 2008, p. 1944 (voetnoten verwijderd, cursivering toegevoegd).
- 18 In het geval van Schauer zou het niet onredelijk zijn om over een vorm van democratisch rechtspositivisme te spreken. Zie Schauer zelf over onder meer zijn rechtspositivisme: 'Everything we do is tentative. An interview with Prof. Frederick Schauer' (interview door Bo Zhao), *Rechtsfilosofie en Rechtsheorie* 2010-1, p. 67-79, en tevens F. Schauer, 'Postivism before Hart', *XXIV Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2011, p. 455-471. Verder F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2009.
- 19 R. Posner, *How Judges Think*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press 2008, p. 353.
- 20 151 *Congressional Record - Senate*, 28 September 2005, p. 21398. Terzijde: ik denk dat enige andere opvatting Roberts in de Amerikaanse politiek-culturele context (waarover later meer) onmogelijk had gemaakt voor benoeming in het *US Supreme Court*. In die zin is zijn reeds geciteerde commentaar tijdens de senaatszitting natuurlijk niet helemaal onverwacht.
- 21 Zie ook M. Adams, *Recht en democratie ter discussie. Essays over democratische rechtsvorming*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2006, p. 32-36 (met verdere verwijzingen).
- 22 De termen zijn uiteraard afkomstig van respectievelijk H. Kelsen en H.L.A. Hart.
- 23 Zie hierover tevens D.N. McCormick, *H.L.A. Hart*, Stanford: Stanford University Press 2008, p. 134-135.
- 24 Een voorbeeld te midden van velen (en met de nodige nuances): J. Hage (red.), *Recht: vaardig en zeker*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 59 e.v. en p. 267.
- 25 De opkomst van die natiestaat is natuurlijk complex: meestal verwijst men naar de Vrede van Westfalen (1648) als startpunt van natievorming. Ik verwijs voor nuance en details echter naar

Maar scherper nog dan Posner legde John Roberts, de huidige opperrechter van het *US Supreme Court*, tijdens zijn *confirmation hearings* in de Amerikaanse Senaat in 2005 de relatie tussen kiesrecht en de wil van het volk:

'If we're relying on a decision from a German judge about what our Constitution means, no president accountable to the people appointed that judge and no Senate accountable to the people confirmed that judge. And yet he's playing a role in shaping the law that binds the people in this country.'<sup>20</sup>

De bezwaren van Posner en Roberts stoeien eerst en vooral op hun opvatting over nationale soevereiniteit en democratie. Bij beantwoording van de vraag wat als rechtsbron mag fungeren, zijn in deze opvatting 'demos' en een specifiek omgrensd gebied bijna onlosmakelijk met elkaar verbonden. En inderdaad worden tegenwoordig de aard van de politieke gemeenschap, de definitie van burgerschap, ideeën over zelfbestuur en zelfwetgeving, over vertegenwoordiging en rechtsvorming, over het afleggen van verantwoording en over transparantie vrijwel overal sterk geassocieerd met de instellingen van de natiestaat. Deze relatie is in de loop van de tijd bovendien versterkt door het toenemende gezag van de natiestaat.<sup>21</sup> Recht kan alleen bevoegd en democratisch legitiem tot stand komen, zo gaat de opvatting, in de context van die natiestaat en via de aldaar geldende procedures die uiteindelijk weer te identificeren zijn aan de hand van de lokale *Grundnorm* of *rule of recognition*.<sup>22</sup> Zo'n basisnorm of erkenningsregel zorgt voor rechtszekerheid en stabiliteit; lagere regels moeten een grond vinden in hogere regels. Voor het bewerkstelligen en bestendigen van de *rechtsorde* zijn in ieder geval structuur, rechtseenheid en coherentie nodig en dus ook maximaal mogelijke duidelijkheid over welke rechtsbronnen van kracht en toepassing zijn,<sup>23</sup> en over wat de daarbij horende rechtsnormen betekenen. Uiteindelijk beslist het nationale volk over de inhoud en gelding van het recht en moet de wetgever aan het nationale volk verantwoording afleggen; alleen dat recht mag binden waarmee het nationale volk heeft ingestemd (zelfwetgeving). Strikt buitenlandse rechtsbronnen komen in principe niet voor in een nationale hiërarchie; voor grensoverschrijdend juridisch pluralisme is niet vanzelfsprekend ruimte.

Meer concreet krijgt die rechtszekerheid op nationaal niveau gestalte door een specifieke bronnenhiërarchie en conflictregels te hanteren. Daarbij speelt de formele

wet – de ultieme expressie van de *nationale* volkswil – een prominente eerste partij. In Nederland bijvoorbeeld is in ieder inleidend handboek tot het recht aan deze hiërarchie wel een hoofdstuk gewijd.<sup>24</sup> In de praktijk van alledag is dergelijke hiërarchie van rechtsbronnen nog steeds zonder meer een realiteit.

## Rechtszekerheid krijgt op nationaal niveau gestalte door een specifieke bronnenhiërarchie en conflictregels te hanteren. In de praktijk van alledag is dergelijke hiërarchie van rechtsbronnen nog steeds zonder meer een realiteit

Wat zojuist met een brede penseelstreek is neergezet over de relatie tussen de 'demos', rechtsvorming en een specifiek omgrensd geografisch gebied, is historisch gezien geen monocausaal of eenduidig proces geweest, maar een dialectische ontwikkeling.<sup>25</sup> Want tot aan de negentiende eeuw, toen het proces van natiestaatvorming al enige tijd gaande was, was in onze contreien een veelheid aan rechtsbronnen van kracht. Die bronnen waren niet noodzakelijk aan enige specifieke staat verbonden, en interageerden of concurreerden met elkaar: het Romeinse recht, het canonieke recht, de wet, de gewoonte, de bijbel, de lokale statuten, enzovoort.<sup>26</sup> Het was vooral het codificatie-ideaal, dat hier sinds het begin van de negentiende eeuw prominent opgeld deed, dat heel concreet een einde wilde maken aan deze situatie. Dit ideaal identificeerde recht met *geschreven* en *nationaal* recht en ging daarbij zelfs gebukt onder een 'fétichisme de la loi écrite codifiée'.<sup>27</sup> De nationale wet werd als vrijwel exclusieve bron van recht gezien en diende de oplossing te bevatten voor zo ongeveer alle denkbare situaties.<sup>28</sup> Legalisme en legisme waren de norm, en systemische geslotenheid het resultaat; aan externe inspiratie (om over externe binding maar te zwijgen) was nauwelijks behoefte (meer), want het nationale recht was zelfvoorzienend. Aan deze situatie ligt zoals gezegd een lange en diffuse ontwikkeling ten grondslag. Maar sinds de negentiende eeuw was het steeds vaker en indringender: *La Nation, la loi, le roi*. In die volgorde.<sup>29</sup>



2.2 ...maar ook van cultuur en 'identiteit' Terug naar het heden en terug naar Amerika. Heel wat van Schauers collega's begrijpen zijn visie in het licht van wat het betekent Amerikaan te zijn. 'In the American tradition, the Constitution owes its legitimacy to the political community which enacted and sustains it, and not to anything exterior to it. Those who interpret its constitutional text owe their allegiance to that democratic, self-governing community',<sup>30</sup> stelt bijvoorbeeld Kenneth Anderson, in lijn met de argumentatie door Posner en Roberts. Om zich vervolgens retorisch af te vragen:

'Why assume that the views of those who live globally, internationally, or transnationally are indeed morally universal? Why assume that they have no particular interests and no partiality? Do they not have the particular, parochial, partial interests of elites who spiritually reside in the interstices among New York and London and Paris – and those, we might add, who judge in Washington but fete [sic] in Strasbourg?'

En:

'What is the casual account of how six members of the Supreme Court [de meerderheid in *Roper v. Simmons*] come to embrace the use of these [foreign] materials, and what does that account say about the Court, its values, allegiances, and self-conception for the rest of society and, indeed, the rest of the world? Will it continue to think of itself as "our" Court? Or will it see itself instead as a court for the world?'

De ongerustheid en ergernis zijn bijna tastbaar. Waar Schauer het vraagstuk tamelijk neutraal omschrijft, koppelen sommige van zijn collega's het dus met de nodige verontwaardiging aan wat het betekent een (hoogste) gerechtshof voor en door Amerikanen te zijn. *Proud to be an American!* Iets wat blijkbaar niet van 'kosmopolitische' rechters gezegd kan worden. De visie van Schauer laat zich goed zwaluwstaarten met diepgewortelde overtuigingen over nationale en culturele identiteit.<sup>32</sup>

**De nationale wet werd als vrijwel exclusieve bron van recht gezien en diende de oplossing te bevatten voor zo ongeveer alle denkbare situaties. Legalisme en legisme waren de norm, en systemische geslotenheid het resultaat**

Waar bezorgdheid over nationale identiteit zo diepgevoeld is, biedt relativerend commentaar als dat van *US Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg* weinig soelaas:

'I frankly don't understand all the brouhaha lately from Congress and even from some of my colleagues about referring to foreign law. Why shouldn't we look to the wisdom of a judge from abroad with at least as much ease as we would read a law review article written by a professor?'

Niets aan de hand volgens Ginsburg: buitenlandse bronnen zijn weliswaar inspirerend en instructief, maar ze binden niet. Dit lijkt niet te wringen met de formeel-democratische visie op rechtsbronnen.

Toch hebben velen, Schauer inclusief, begrip voor de kritiek op het gebruik van buitenlandse rechtsbronnen door mensen als Scalia en Posner. Want niet alleen meent Schauer dat *Justice Kennedy* zich wel degelijk gebonden acht door buitenlands recht, maar er is ook nog dit: als buitenlands *recht* – in de formele betekenis van het woord – mag worden gehanteerd bij de nationale rechtspleging, waarom dan niet ook bijvoorbeeld Wikipedia? Het ene noch het andere kan volgens de critici ook maar enige gelding hebben in de VS. Want wat blijft er anders nog over van de onderscheidende betekenis van het begrip recht? Waar eindigt dit? 'Why the Supreme Court and the Congress of the United States but not the President and Fellows of Harvard College or the editorial board of the *New York Times*? Why the *Harvard Law Review* but not the *Village Voice*?'<sup>34</sup> Inderdaad, waarom niet?

Waar het hier vooral om gaat is dat er weliswaar een analytisch onderscheid kan worden gemaakt tussen bindende en niet-bindende rechtsbronnen, zoals Ginsburg doet, maar dat de praktijk van de rechtspraak veel complexer is. De status van een bepaalde bron is namelijk vaak het resultaat van een informeel en geleidelijk proces, waarbij deze bron als meer of minder bindend wordt begrepen naarmate die meer of minder gebruikt wordt. Dit is het spookbeeld van de *slippery slope* die de rechtszekerheid bedreigt en die tevens de Amerikaanse identiteit<sup>35</sup> kan ondermijnen. Constructies als die in Zuid-Afrika, waar het eventuele gebruik van buitenlands recht in de nationale rechtspleging grondwettelijk geborgd is,<sup>36</sup> zijn dan bepaald niet opportuun. Wat hier speelt is dus niet alleen de vraag of een bepaalde buitenlandse rechtsbron onder een nationale *Grundnorm* of *rule of recognition* kan worden gebracht, maar ook dat het hanteren van een buitenlandse norm sowieso onwenselijk is.<sup>37</sup> Wat tegenstanders willen voorkomen is uiteindelijk te belanden in een situatie waarin de *rule of the global idea* sterker blijkt dan de *rule of national law*. Duidelijke land- en bevoegdheidsgrenzen houden buitenlandse invloeden

M. van Creveld, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.

- 26 Zie hierover P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming* (diss. Groningen), Groningen: Wolters Noordhoff 1996, p. 9-34. Zie tevens heel wat publicaties van Patrick Glenn over het ontstaan van een nationale rechtstraditie. Ik vermeld hier slechts: 'The Nationalist Heritage', in p. Legrand and R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 76-99.
- 27 Aldus F. Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, I, Parijs: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1919, p. 70.
- 28 P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1982, p. 2-3.
- 29 Rousseau is hier van grote betekenis geweest. Over diens invloed op het gedachtegoed van de Franse revolutie, zie J. Miller, *Rousseau. Dreamer of Democracy*, New Haven: Yale University Press 1984.
- 30 K. Anderson, 'Foreign Law and the U.S. Constitution', *Policy Review* June & July 2005, p. 48.
- 31 Anderson 2005, p. 50.
- 32 Voor een problematisering van verschillende vormen van nationalisme in relatie tot burgerschap, zie R. Foqué, 'Volksoevereiniteit, burgerschap en mensenrechten', in G. Verschraegen & R. Tinnevelt (red.), *Internationale rechtvaardigheid. Over politiek en ethiek in een mondiaal tijdperk*, Kapellen/Kampen: Pelckmans/Clement 2005, p. 201-204, en E.H.M. Hirsch Ballin, *Citizens' Rights and the Right to be a Citizen*, Leiden/Boston: Brill 2012 (te verschijnen)(Hirsch Ballin problematiseert een al te gesloten opvatting over staatsburgerschap, omdat dit afbreuk doet aan het daadwerkelijk kunnen realiseren van mensenrechten).
- 33 [www.nytimes.com/2009/04/12/us/12ginsburg.html](http://www.nytimes.com/2009/04/12/us/12ginsburg.html) (laatst geraadpleegd op 3 maart 2012) In de academische literatuur verkondigen mensen als Jackson, Saun-

ders en Tushnet gelijkaardige, hoewel niet identieke opvattingen. V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press 2010; C. Saunders, 'Comparative Constitutional Law in the Courts: Is There a Problem?', 59 *Current Legal Problems* 2007, p. 100-101 en M. Tushnet, 'When Is Knowing Less Better than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law', 90 *Minnesota Law Review* 2006, p. 1284-1285.

34 Schauer 2008, p. 1960. De *Village Voice* is een gratis progressief weekblad, dat wordt gedistribueerd in Manhattan (met name in *Greenwich Village*). Voor een gelijkaardige conclusie, E.A. Young, 'Foreign Law and the Denominator Problem', 119 *Harvard Law Review* 2005, p. 149-156; Young acht het tevens problematisch om aan een vermeende 'world consensus' normatieve conclusies te verbinden (zoals de aangehaalde Kennedy volgens hem doet). Dat komt immers neer op 'counting noses, with little regard to the reasons that led to the adoption or rejection of a practice in any particular jurisdiction.' (p. 150-151).

35 Wat die ook moge zijn.

36 In art. 39 lid 1 (c) van de Zuid-Afrikaanse Grondwet staat te lezen dat '[w]hen interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (...) may consider foreign law.' (cursivering toegevoegd).

37 Het feit dat er in verschillende Amerikaanse staten wetgeving in de maak is om het gebruik van buitenlands recht door rechters te verbieden, lijkt dit te bevestigen. Zie <http://gaveltogavel.us/site/2011/04/11/bans-on-court-use-of-shariainternational-law-advance-in-alabama-alaska-arizona-florida-kansas-missouri-and-oklahoma/> (laatst geraadpleegd op 3 maart 2012). Met dank aan Elaine Mak, die me hier op wees.

38 Schauer lijkt dit te beseffen waar hij zegt dat *from their lights* mensen als Posner en Scalia inderdaad iets te vrezen hebben. Schauer 2008, p. 1960 (met verdere frases in deze zin).

buiten de deur en verankeren de nationale volkswil. Daar mag formeel en feitelijk niet mee gesold worden.

Ziehier de twee kwesties in een notendop. *Enerzijds* gaat het over de misschien wel meest fundamentele rechtsfilosofische vraag wat het betekent om aan *recht* gebonden te zijn. Wanneer je dan zoals *Justice Kennedy* tewerk gaat (zoals Schauer hem begrijpt), is de vraag wat er overblijft van de notie van recht als autoritatieve praktijk. Valt 'recht' dan uiteindelijk niet samen met andere normstelsels, uit binnen- of buitenland, die niet het stempel van goedkeuring van een formeel bevoegde nationale autoriteit hebben gekregen? *Anderzijds* lijkt het om een felle ideeënstrijd te gaan over de wenselijkheid van kosmopolisme in de rechtspleging; een strijd tussen rekkelijken en preciezen, stads- en dorpsbewoners of liberalen en conservatieven; tussen diegenen voor wie de wereld als een dorp zien en diegenen voor wie hun dorp de wereld is; de laatsten staan dan voor een identificeerbare en hanteerbare gemeenschap met een al dan niet reële gemeenschappelijke identiteit. Deze overlappende maar ongelijksoortige kwesties vallen vaak samen in de argumentaties van tegenstanders van het gebruik van buitenlands recht in binnenlandse rechtspleging en dat maakt de analyse er niet eenvoudiger op.

Het lijkt te gaan om een felle ideeënstrijd tussen rekkelijken en preciezen, stads- en dorpsbewoners of liberalen en conservatieven; tussen diegenen voor wie de wereld als een dorp zien en diegenen voor wie hun dorp de wereld is

### 3 Een verklaring voor de verschillen tussen de VS en Europa

Het lokale debat over het juridische bronnengebruik, en de visie die dit ondersteunt, zegt volgens mij veel over de samenleving in kwestie. Het is geen toeval dat de hiervoor beschreven formele visie op rechtsbronnen, zeker in vergelijking met het Europese continent, dominant aanwezig is in het lokale Amerikaanse debat over het rechterlijk gebruik van *foreign law*.<sup>38</sup> Het kan dus verhelderend zijn dat debat als een cultuurfenomeen te bezien. Een dergelijke benadering

kan iets leren over de gehanteerde argumenten pro of contra de in dit artikel centraal staande praktijk.

In dat opzicht biedt de analyse van Jed Rubenfeld een interessant vertrekpunt. Rubenfeld verklaart het verschil tussen het Amerikaanse juridische unilateralisme enerzijds en de Europees openheid ten aanzien van de (ook juridische) buitenwereld anderzijds vanuit de verschillende reacties van Europa en de Verenigde Staten op de Tweede Wereldoorlog. Het loont de moeite Rubenfeld *in extenso* te citeren over de reden voor de Europese benadering, die veel minder wantrouwend staat ten aanzien van het gebruik van buitenlandse rechtsbronnen (waaronder Rubenfeld al het recht begrijpt dat niet strikt van Amerikaanse oorsprong is):

'At the risk of overgeneralisation, we might say that for Europeans (that is, for those Europeans not joined to the Axis cause), the Second World War, in which almost 60 million people perished, exemplified the horrors of nationalism. Specifically, it exemplified the horrors of popular nationalism. Nazism and fascism were manifestations, however perverse, of popular sovereignty. Adolf Hitler and Benito Mussolini rose to power, initially through elections and democratic processes. Both claimed to speak for the people, not only before they assumed dictatorial powers but afterwards, too, and both were broadly popular, as were their nationalism, militarism, repression and, in Hitler's case, genocidal objectives. From the post-war European point of view, the allies' victory was a victory against nationalism, against popular sovereignty, against democratic excess'.<sup>39</sup>

Neem nu de Amerikaanse visie:

'The American experience of victory could not have differed more starkly. For Americans, winning the war was a victory for nationalism—that is to say, for our nation and our kind of nationalism. It was a victory for popular sovereignty (our popular sovereignty) and, most fundamentally, a victory for democracy (our democracy).'<sup>40</sup>

Waar het Europeanen na de Tweede Wereldoorlog te doen was om de excessen van het nationalisme en van populair-democratische soevereiniteit te beteugelen door middel van zelfstandige rechtsnormen die fundamentele waarden belichamen, ging het de Amerikanen juist om een bevestiging van soevereiniteit als leidraad voor overheidshandelen.<sup>41</sup> Europeanen lijken als gevolg van de gebeurtenissen voor en tijdens de Tweede Wereldoorlog eerder bereid hun juridische bronnenleer te grondvesten op een normatief domein dat niet afhankelijk is van een natiestaat en dat niet-gekozen rechters in staat stelt de overheid en de nationale volkswil (inclusief die van verkozen vertegenwoordigers) een halt toe te roepen. 'Nooit meer oorlog, nooit meer Auschwitz'. Voor Amerikanen kan het recht daarentegen alleen dan volwaardig democratisch heten wanneer er een sterke band met de volkswil en de nationale verkozen politieke orde is.

‘Europeans have embraced international constitutionalism, according to which the whole point of constitutional law is to check democracy [“constitutional democracy” volgens Rubenfeld, MA]. For Americans, constitutional law cannot merely check democracy. It must answer to democracy – have its source and basis in a democratic constitutional politics and always, somehow, be part of politics, even though it can invalidate the outcomes of the democratic process at any given moment [“democratic constitutionalism” volgens Rubenfeld, MA].’<sup>42</sup>

Het is dus niet zo dat de Amerikaanse visie onwelwillend tegenover mensenrechten of fundamentele rechten zou staan. Dat zou een miskenning van de realiteit van de Amerikaanse Grondwet zijn. Waar het om gaat is hoe de loyaliteit aan die mensen- en fundamentele rechten gestalte moet krijgen: daarvoor is uiteindelijk rechterlijke referentie aan het Amerikaanse volk zelf vereist (‘We, the people’); rechters mogen zich niet opstellen als alwetende Platoonse wachters. Ook in die zin ziet de Amerikaanse opvatting een nationaal rechtsbronnenconcept als *self-sufficient*.<sup>43</sup> Buitenlandse inspiratie in de rechtspleging is dan onnodig, onwenselijk en mogelijk zelfs subversief.

## Europeanen lijken als gevolg van de gebeurtenissen voor en tijdens de Tweede Wereldoorlog eerder bereid hun juridische bronnenleer te grondvesten op een normatief domein dat niet afhankelijk is van een natiestaat

De Amerikaanse opvatting bestaat uiteraard niet (Rubenfeld is zich daarvan bewust: ‘at the risk over overgeneralisation’). Maar toch is deze analyse aantrekkelijk, en niet alleen omdat die een complexe realiteit beter hanteerbaar kan maken; als op verbeelding gebaseerd inzicht. Het eenvoudige feit dat het om een opvatting gaat die al geruime tijd tot brede academische en politieke discussie aanleiding geeft, is een stevige indicatie dat hier sprake is van een in Amerika juridische relevante en wellicht zelfs politiek-maatschappelijk dominante visie op van het eigen rechtssysteem.

Waar Rubenfeld in eerste instantie nog lijkt te spreken over verschillende democratieopvattingen (‘constitutional democracy’ versus ‘democratic constitutionalism’), acht hij de Europese benadering niettemin fundamenteel ondemocratisch.

‘There is, among international lawyers, a hazy notion that the emergence of the international community in the World of law and politics is itself a democratic development. The unfortunate reality, however, is that international law is a threat to democracy and to the hope of democratic politics all over the world. For some, that may be a reason to support internationalism; for others, a reason to oppose it. Either way, the fundamental conflicts between democracy and international law must be recognized.’<sup>44</sup>

Ook al denk ik dat Rubenfeld een te star democratieconcept hanteert (zie de volgende paragraaf), in zijn analyse ligt wel een verklaring besloten voor de verbetering van het Amerikaanse *foreign law debate*. Hij brengt namelijk een diep en authentiek beleefd gevoel onder woorden van wat het betekent om als Amerikaan door Amerikaans recht gebonden te zijn. Ons Europeanen kan dat gevoel bevreemden; we hebben alhier althans wat minder voeling met democratieopvattingen zoals Rubenfeld die presenteert. Vergelijkbare verbazing wekken debatten over de uitleg van de Amerikaanse Grondwet (*originalism* versus *the living constitution*) of de weigering van de VS zich aan te sluiten bij het Internationaal Strafhof. We zetten die debatten al gauw weg als ‘politiek’ en dat is meestal niet erg positief bedoeld; het zou gaan om nauwelijks meer dan onbeholpen uitingen van een wat beklemmende ideologie.<sup>45</sup> Ik denk dat zo’n oordeel het Amerikaanse debat tekort doet. Rubenfeld legt heel wezenlijk ervaren grondslagen van de Amerikaanse samenleving en rechtscultuur bloot. Los van de vraag of we het met die Amerikaanse benadering eens zijn, gaat het om iets dat veel dieper zit dan wat idiosyncratische opvattingen.

### 4 Democratisch legitiem?

Dit alles brengt ons bij de kernvraag van dit artikel: kan gegeven het voorgaande de ‘open’ Europese opvatting over rechtsbronnen eigenlijk als democratisch legitiem worden begrepen? Mijn antwoord zal ik als een drie-trapsraket presenteren.

#### 4.1 Democratie als bijvoeglijk naamwoord

Wat mij betreft zijn de vereisten en de constituerende elementen van wat onder democratie kan worden verstaan niet zo duidelijk omschreven als Rubenfeld suggereert. ‘Democratie is een eeuwig in twijfel trekken en zoeken naar het betere en bij dit zoeken en streven zijn er uiteraard verschillende wegen die tot dit doel leiden’, schijnt de Amerikaanse oud-president F.D. Roosevelt ooit gezegd te hebben.<sup>46</sup> Democratie verwijst

39 J. Rubenfeld, ‘The Two World Orders’, 27 *The Wilson Quarterly*, Autumn 2003, p. 281-282. Zie tevens J. Rubenfeld, ‘Unilateralism and Constitutionalism’, 79 *New York University Law Review* 2004, p. 1971-2028.

40 Rubenfeld 2003, p. 282.

41 Vandaar ook de oprichting van een Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

42 Rubenfeld 2003, p. 288.

43 Vgl. L. Weinrib, ‘The postwar paradigm and American exceptionalism’, in: S. Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 85. Weinrib is erg kritisch over de Amerikaanse benadering.

44 Rubenfeld 2003, p. 292.

45 Hoewel de recente kritiek op het functioneren van onder meer het EHRM als een teken kan worden gezien dat de geesten in Europa ook rijp aan het worden zijn voor minstens stevige discussie over een vorm van unilateralisme. Ik verwijs naar het overzichtsartikel door T. Spijkerboer, ‘Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens’, *NJB* 2012-4, p. 254-262. Tevens J. Gerards & A. Terlouw (eds.), *Amici Curiae. Adviezen aan het EHRM*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2012. Zie tevens de resolutie die door een aantal leden van het Vlaams Belang in de Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers werd ingediend: ‘Voorstel van resolutie betreffende de bevoegdheidsoverschrijdende rol van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens’, nr. 1949/001. Te vinden via [www.dekamer.be](http://www.dekamer.be).

46 De frase heb ik ooit genoteerd maar de bron kan ik met geen mogelijkheid achterhalen.



naar een begrip dat zich kan manifesteren in vormen en stadia. In ieder geval, dat er debat over de betekenis van het democratiebegrip plaatsgrijpt is juist daarom niet verrassend, omdat er heel fundamentele waarden bij in het geding zijn. En die waarden leiden soms tot diametraal tegengestelde interpretaties. Het democratiebegrip staat dan ook voortdurend ter discussie en de deelnemers aan het debat wegen algemeen aanvaarde criteria voor het gebruik van het democratiebegrip verschillend: elementen die voor de een essentieel zijn, zijn voor de ander bijkomstig of zelfs volstrekt irrelevant. Democratie is geen eendimensionaal begrip.<sup>47</sup>

Dit alles lijkt ook kenmerkend voor het debat over het gebruik van buitenlands recht in de nationale rechtspleging. Een antwoord op de vraag of dat gebruik democratisch toelaatbaar is, zal in belangrijke mate afhangen van hoe 'democratie' in deze context wordt begrepen. Bohman stelt dat '[w]hen used adjectivally, "democratic" does not signify full realization of some ideal, but a variety of norms and ideals that can be realized (...) under a wide range of conditions'.<sup>48</sup> Deze visie biedt ruimte voor de aanvaarding van een pluraliteit van democratiegezichtspunten, en opent perspectieven voor de hier centraal staande praktijk. Wellicht is die praktijk niet vanuit alle mogelijke gezichtspunten democratisch of optimaal democratisch, maar dat betekent nog niet dat zij in alle gevallen of vanuit alle mogelijke gezichtspunten ondemocratisch is. Ik kom daar in paragraaf 4.3 op terug.

## Door aan te sluiten bij het inzicht dat democratie een concept is dat contextuele flexibiliteit bezit, kan wellicht ook een democratische voorziening worden gemaakt voor het gebruik van buitenlands recht

### 4.2 De rechter in een dynamische omgeving moet dynamisch te werk gaan

Wat voor nu belangrijk is om te constateren is dat door aan te sluiten bij het inzicht dat democratie een concept is dat contextuele flexibiliteit bezit, wellicht ook een democratische voorziening kan worden gemaakt voor het gebruik van buitenlands recht. Dit is belangrijk gezien het feit dat de (topologie van de) rechtspleging onder invloed van vooral economische

globalisering en technologische ontwikkelingen onvermijdelijke en blijvende verandering ondergaat. Waar gaat het dan over?

De verander(en)de rol van de rechtspleging is in de eerste plaats het gevolg van het steeds intensiever wetgevend en reglementair ingrijpen door de overheid en andere organen en instituties. Wetgeving en regulering zijn vandaag niet zozeer gericht op *rechtswaaststelling* maar eerder op *verandering*, *beheersing* en *controle*. Regulering wordt de laatste decennia (zo niet langer) vooral gezien als een instrument van sturing en beleid, als een middel om maatschappelijke veranderingen op sociaal, economisch en cultureel vlak te bewerkstelligen, als een middel ook om risico's te beheersen, en om potentiële juridische problemen te voorkomen. De opkomst van de sociale verzorgingsstaat en ontwikkelingen in onder meer wetenschap en technologie dwingen de overheid zelfs tot ingrijpen. Paradoxaal genoeg treedt de overheid op andere gebieden overigens terug, maar die terugtred maakt dan vaak alternatieve regulering mogelijk, *soft law* en *co-regulation* bijvoorbeeld.<sup>49</sup> Meestal wordt in die context gesproken over *new governance*.<sup>50</sup> Er is in ieder geval een veelheid aan actoren regulerend actief en er bestaan nogal wat soorten van regels. Terug-tred van de formele regelgever leidt dan ook niet noodzakelijk tot minder of overzichtelijker regeldruk.

Bovendien is ook de aard van politieke machtsuitoefening drastisch veranderd. Steeds vaker hebben niet alleen de nationale overheden en hun burgers en instellingen de macht, maar ook multinationale ondernemingen. Maar die internationale economie kent geen burgers, slechts consumenten en hun markten. Barber wijst er in die context terecht op dat democratieën weliswaar belangstelling hebben voor markten, maar dat markten die belangstelling niet noodzakelijk hebben voor democratieën.<sup>51</sup> In een wereldsysteem waarin staten en markten in toenemende mate onderling afhankelijk zijn en waar de discussies en besluitvorming over belangrijke maatschappelijke ontwikkelingen zich meer dan ooit buiten de traditionele politieke arena's afspelen, houden problemen zich nauwelijks aan territoriale grenzen. Daardoor is er een verlies aan reguliere politieke controle. En dit alles vindt bovendien plaats in een gelaagde nationale en supranationale rechtsorde.<sup>52</sup>

Het is de rechter die in een dergelijke meerdimensionale omgeving vaak geroepen wordt om complexe problemen te beslechten. Denk

47 Mijn redenering hier roept voor sommigen wellicht reminiscenties op met zogenaamde 'essentially contested concepts'. Het gaat daarbij om begrippen 'the proper use of which inevitably involves endless disputes about their proper uses on the part of their users'. W.B. Gallie, 'Essentially contested concepts', in *Proceedings of the Aristotelian Society* 1956-57, p. 167-198 (p. 169). Het betreft hier een gelijkaardige, hoewel niet identieke opvatting.

48 J. Bohman, 'From Demos to Demoi: Democracy across Borders', 18 *Ratio Juris* 2005, p. 301.

49 L. Senden, 'Reguleringsintensiteit en regelgevingsinstrumentarium in het Europees Gemeenschapsrecht. Over de relatie tussen wetgeving, soft law en de open methode van coördinatie' *SEW* 2008-2, p. 43-57.

50 E. Korkea-aho, 'What is New about New Governance?', 32 *Retfaerd* 2009 (1), p. 3-22.

51 B. Barber, *Jihad vs. McWorld*, New York: Times Books 1995, p. 243.

52 Hierover onder meer M. Adams en W.J. Witteveen, 'Gedaantewisselingen van het recht', *NJB* 2011-9, p. 540-546.

hierbij aan bedrijfssluitingen of milieugeschillen, maar ook aan schending van fundamentele rechten. Het belang van beoordeling door de rechter is de garantie van een procesgang waarin argumenten onbevangen kunnen worden ingebracht en van een beslissing waarin deze argumenten onbevooroordeeld tegen elkaar worden afgewogen. De onafhankelijke rechter als laatste toevluchtsoord.

## Een al te legalistische rechtspraak belemmert een soepele facilitering van de problemen die moeten worden opgelost en de belangen die op het spel staan

Een al te legalistische rechtspraak belemmert echter een soepele facilitering van de problemen die moeten worden opgelost en de belangen die op het spel staan. In ieder geval lijkt het houvast dat het rechtssysteem en de rechtspleging bij dit alles kan bieden op basis van strikte, dat wil zeggen gesloten, noties van hiërarchie en gebondenheid, meer en meer illusoir. Gezien de hierboven geschetste context kunnen rechters steeds minder volstaan met de toepassing van een rechtsnorm die uitdrukking geeft aan de door de nationale wetgever gewilde belangenafweging, maar zullen vaker en explicieter *zelf* belangen moeten afwegen. De rechter moet wendbaar kunnen optreden om het rechtssysteem als organisatievorm van maatschappelijke ontwikkelingen en verhoudingen, en als mechanisme voor conflicthantering en rechtsbescherming, adequaat te kunnen doen functioneren. Overkoepelende kwaliteitsmaatstaven zoals algemene rechtsbeginselen, beginselen van behoorlijk bestuur, normen van redelijkheid en billijkheid, voorrangregels, discretionaire bevoegdheden, evenredigheid en proportionaliteit, gelijke behandeling en non-discriminatie, vage normen, maar ook eisen van sociale rechtvaardigheid zullen daarbij van pas komen als smeerolie. Die moeten echter betekenis krijgen en de inspiratie daarvoor is bij uitstek te vinden in een inspirerend breder universum.

## De rechter zou de samenleving tekort doen door alleen op de gebaande nationale paden te manoeuvreren

De rechter zou de samenleving tekort doen door alleen op de gebaande nationale paden te manoeuvreren, terwijl het repertoire aan argumenten op basis waarvan concrete vraagstukken werden beslecht in andere jurisdicties juist uiterst waardevol kan zijn in de eigen jurisdictie.<sup>53</sup>

### 4.3 *Deliberatieve democratie en 'judicial engagement'*

De belangrijkste beperking van Rubenfelds redenering is het vertrekpunt: het gaat om één specifieke opvatting van democratie waarmee al het overheidsoptreden, inclusief dat van de rechter, moet stroken. Daarbij staat een bepaalde vorm van *productevaluatie* centraal: het resultaat van besluitvorming moet refereren aan – zelfs stroken met – de nationale volkswil. Mogelijke democratische ontwikkelingen die worden geëvalueerd op basis van het doorlopen *proces* worden daarmee genegeerd. Bovendien wordt door de tegenstanders van het gebruik van buitenlands recht in de nationale rechtspleging een eenzijdige opvatting van democratische legitimiteit, namelijk *input*-legitimiteit, gehanteerd. Deze vorm van legitimiteit verwijst naar hoe vertegenwoordigers in het politieke systeem zijn benoemd, te weten via democratische verkiezingen of anderszins. Alleen in het geval van verkiezingen kan er sprake zijn van een hoge democratische legitimiteit.<sup>54</sup> Het gebruik van buitenlands recht door ongekozen rechters is dan natuurlijk een drieledig probleem; het gaat immers om niet-gekozen rechters die steunen op niet-erkende rechtsbronnen die ook nog eens van buitenlandse oorsprong zijn.

Er zijn echter ook andere erkende vormen van democratische legitimiteit: Engelen en Sie Dhian Ho hebben het over *throughput*-, *output*- en *feedback*-legitimiteit.<sup>55</sup> Het eerste heeft dan betrekking op hoe politieke besluitvorming tot stand komt. Daarbij zijn de redelijkheid en rechtmatigheid van het besluitvormingsproces zelf de voornaamste bron van democratische legitimiteit: hoe open (inclusief) is dat? *Output*-legitimiteit heeft betrekking op de vraag of de uitkomsten van politieke besluitvorming de wensen van burgers representeren (cf. Rubenfeld en de vermelde productevaluatie). En *feedback*-legitimiteit ten slotte verwijst naar de mate waarin politici en bestuurders verantwoording afleggen, aan elkaar en aan burgers. In een gezonde democratie is ruimte voor al deze vormen van legitimiteitsverwerving, die elkaar op een evenwichtige wijze kunnen aanvullen en die kunnen zijn toegespitst op de situatie waartoe

53 Aldus ook V. Perju, 'The Puzzling Parameters of the Foreign Law Debat', 17 *Utah Law Review* 2007 (1), p. 213. In dit verband kreeg *US Supreme Court Justice Roberts* terecht kritiek van Nobelprijswinnaar A. Sen over de opvatting over het gebruik van buitenlands recht die Roberts naar voren bracht tijdens zijn *confirmation hearings*. Zie voetnoot 20, en de daarbij horende hoofdstekst. A. Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press 2009, p. 406-407. De Amerikaanse Grondwet kan volgens Sen vooral betekenis krijgen in wisselwerking met beginselen die hiervoor in andere culturen gelden. Zo als inmiddels wel duidelijk zal zijn beperkt de discussie zich niet, zoals in de VS veelal het geval lijkt, tot fundamentele rechten en het constitutionele domein. De argumenten die voor en tegenstanders hanteren strekken zich uit over vrijwel alle rechtsdomeinen. Uiteindelijk gaat het over de vraag onder welke voorwaarden we bereid zijn ons te laten inspireren door argumenten, ethische waarden, maatschappelijke belangen, etc., die vervat liggen in het recht (en die, toegegeven, prominent tot uiting komen in het constitutionele recht).

54 Ik steun voor begrippenkader en analyse op B.J.M. Arts, 'Naar een mondiale democratie? De rol van "niet-staatelijke actoren"', in: E.R. Engelen & M. Sie Dhian Ho (red.), *De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2004, p. 102-103.

55 E.R. Engelen & M. Sie Dhian Ho, 'Democratische vernieuwing. Luxe of noodzaak?', in: Engelen & Sie Dhian Ho 2004, p. 19.



ze dienen. Er ontstaat dan een systeem van democratische *checks and balances*, waarin overigens tevens ruimte is voor andere actoren dan die van de klassieke trias.

Een opvatting over democratie die samengaat met het gebruik van buitenlands recht in de nationale rechtspleging is er een waarin communicatie en argumentatie centraal staan. Het gaat dan om een vorm van *throughput*-legitimiteit, die meestal wordt gepresenteerd onder de noemer van *deliberative democracy* en die ontstaan is in de context van politieke (dus niet zozeer rechterlijke) besluitvorming. Deze vorm van democratie wil onder meer de klassieke Atheense idee van de publieke sfeer doen herleven.<sup>56</sup> De logica hierachter is dat hoe breder de participatie in de besluitvorming is, hoe groter de kans is op een 'betere' oplossing. Argumentatie is dan belangrijker dan stemmen.

Aan deze opvatting ligt het inzicht ten grondslag dat er vandaag verschillende opvattingen over het goede of beste naast elkaar bestaan. Dit impliceert dat de waarheid van beweringen, de legitimiteit van handelingen en de oprechtheid van stellingnamen slechts met behulp van redelijke *communicatie* kan worden nagegaan, en niet exclusief door neuzen te tellen (meerderheidsbesluitvorming). Redelijke consensus over politieke beslissingen is daarmee minstens ten dele een sociale constructie, en kan alleen bereikt worden indien de betrokkenen op een waarachtige wijze met elkaar praten. Redelijkheid betekent in die optiek dus teamwork: een product van intermenselijke verhoudingen zoals die tijdens het actieve spreken tot uiting komen. Zo bezien kan democratie superieur zijn in het scheppen van algemene maatschappelijke acceptatie.<sup>57</sup> Sterker nog, in onze hoogtechnologische en complexe samenleving wordt het tijdig tot stand brengen van deze acceptatie of draagvlak ook steeds noodzakelijker om sociale ontwikkelingen in goede banen te leiden.

Het concept van deliberatieve democratie kan niet zonder meer worden getransplanteerd naar het proces van geschilbeslechting door de rechter, maar het is in ieder geval conceptueel daarop wel toepasbaar. Want als de *wijze* van besluitvorming een factor is in de beoordeling van het democratisch gehalte van die besluitvorming, dan kan de rechtspraak zich zeer wel als democratisch orgaan situeren. Rechters zijn dan actieve deelnemers aan een communicatieve praktijk over de betekenis van het recht, waarin in dit geval wordt geleerd van gelijkaardige ervaringen elders. Als rechters hun taak op zo'n 'open' manier

uitoefenen, dan is de eventuele spanning die hun 'grensoverschrijdend' gedrag oproept niet noodzakelijk een democratisch probleem. Het extraterritoriaal opzoeken van de discussie over de betekenis van rechtsnormen is zelfs een fundamenteel democratische handelswijze, die de eigen nationale verantwoordelijkheid van de rechter onverlet laat. Het gaat er immers niet primair om universele waarheden te vinden, maar om tot beter beredeneerde nationale beslissingen te komen. Landsgrenzen mogen dit streven niet belemmeren.

## Het extraterritoriaal opzoeken van de discussie over de betekenis van rechtsnormen is een fundamenteel democratische handelswijze, die de eigen nationale verantwoordelijkheid van de rechter onverlet laat

Deze rechterlijke participatie is analoog aan wat Vicky Jackson 'constitutional engagement' noemt (maar die verder reikt dan het constitutionele recht). Die betrokkenheid 'is founded on commitments to judicial deliberation and is open to the possibilities of either harmony or dissonance between national self-understanding and transnational norms'.<sup>58</sup> Buitenlandse rechtsbronnen zijn in een dergelijke opvatting geen hiërarchische vereisten, maar veeleer 'reflective tools'. Een buitenlandse rechtsbron kan dan inspirerend zijn, maar dat laat onverlet dat er lokaal steeds een eigen afweging moet worden gemaakt over de waarde die men aan de gevonden buitenlandse argumenten en inzichten wil toekennen en over hoe die mogelijk (maar niet per se) te vertalen en in te passen zijn in de eigen jurisdictie.<sup>59</sup> En dit alles met nationale bindende rechtsbronnen als uitgangspunt. Terzijde vermeld ik nog dat me het Amerikaanse isolationisme, zoals de eerder aangehaalde Anderson dat onder woorden brengt, ook vanuit het Amerikaanse perspectief mager lijkt. Want als buitenlandse bronnen niet direct relevant zijn, dan nog zouden ze bruikbaar kunnen zijn om de eigenheid beter te definiëren. Als Amerika een 'stad op de berg' wil zijn, 'the surrounding terrain must be known'.<sup>60</sup> Zo'n benadering zou je de spiegel-functie van rechtsvergelijking kunnen noemen, op basis waarvan een gemeenschap zichzelf en haar rechtstelsel kritisch kan leren begrijpen.<sup>61</sup>

<sup>56</sup> Zo bijvoorbeeld S. Benhabib, 'Towards a Deliberative Model of Democratic Legitimacy', in S. Benhabib (ed.), *Democracy and Difference*, Princeton: Princeton University Press 1996, p. 69.

<sup>57</sup> Vgl. A.J. van Schijndel, 'Mensenrechten, democratie en burgerschap', in G.A. van der List (red.), *De rechten van de mens. Liberale beschouwingen*, Den Haag: Teldersstichting 1998, p. 74.

<sup>58</sup> V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 71.

<sup>59</sup> Hierover meer specifiek Adams & Mak 2011.

<sup>60</sup> Jackson 2010, p. 105.

<sup>61</sup> V. Ferreres Comella, 'Comparative Modesty', *7 European Constitutional Review* 2011, p. 520.

## 5 Een hellend vlak?

Maar dan is er nog steeds de vrees die Schauer onder woorden brengt: wat rest er nog van de notie 'recht' als buitenlandse rechtsbronnen salonfähig (en meer dan dat) worden door het steeds intensiever rechterlijk gebruik ervan? Worden die bronnen dan niet onderdeel van de notie 'recht', dat daardoor steeds minder onderscheidend en uiteindelijk welhaast betekenisloos wordt? Wat staat ons te wachten?

## Ik meen dat de vrees voor het hellend vlak ongegrond is, want er is nog altijd het professionele ethos van de rechter

Deze angst wordt ingegeven door de opvatting dat als het hek van de dam is, de zaken ras van kwaad tot erger gaan: de *slippery slope* als empirische vooronderstelling. Ik meen dat deze vrees voor het hellend vlak ongegrond is, want er is nog altijd het professionele ethos van de rechter, die werkt in het volle, overgeleverde besef dat het recht, en vooral het nationale recht, een normenstelsel is met een bijzondere status: een autoritatieve praktijk in de door Schauer omschreven zin. En dat ethos wordt dagelijks overgebracht en bevestigd. Rechters worden bij de uitoefening van hun taak immers op de vingers gekeken door directe collega's en door de academische gemeenschap, er bestaat zoiets als hoger beroep, en rechters (en rechtenstudenten) worden opgeleid met het besef dat er iets *distinctively legal* is aan het nationale recht, want omgeven met een bijzonder gezag.<sup>62</sup> In zo'n omgeving worden nationale bindende rechtsnormen niet zomaar opzij geschoven, genegeerd of betekenisloos.<sup>63</sup>

Met een wat eclectisch beroep op Dworkin meen ik dat het de taak is van de rechter de kwaliteit van het recht steeds beter te realiseren. Om die taak te volbrengen moet hij zich gedragen als een van de auteurs van een kettingroman:

'He knows that other judges have decided cases that, although not exactly like his case, deal with related problems; he must think of their decisions as part of a long story he must interpret and then continue, according to his own judgement of how to make the developing story as good as it can be.'<sup>64</sup>

Het recht is in die zin zowel wezenlijk 'backward-looking' (autoritatief), om Schauers woorden te gebruiken,<sup>65</sup> als toekomstgericht.

In de geest van deze opvatting komt bij de ontwikkeling van rechtsnormen naar een beter recht buitenlandse inspiratie juist goed van pas, zonder afbreuk te doen aan het bijzondere gezag dat het door de bevoegde nationale regelschepper gecreëerde recht toekomt. Het ene sluit het andere niet uit. De *slippery slope* is zo glibberig en zo schuin nog niet.

## Een minder introverte visie op rechtsbronnen is maatschappelijke noodzaak

### 6 Tot slot

Het gebruik van buitenlands recht in de context van nationale rechtspleging is democratisch omstreden. Maar is het daarmee ook ondemocratisch? Ik meen van niet. Sterker, ik denk dat er vanuit democratisch oogpunt veel voor zulk gebruik te zeggen valt. Wanneer buitenlands recht enkel dient als inspiratiebron is het hanteren ervan niet ondemocratisch, ook niet bij een sterk nationaal getinte opvatting van democratie. Een democratiebegrip dat is toegespitst op de rechterlijke taak (deliberatieve democratie – 'judicial engagement') kan rechterlijke verkenning van een breder universum dan dat van de natiestaat juist legitimeren. Tegenstanders van het gebruik van buitenlands recht zal zo'n antwoord niet kunnen bekoren, want voor hen heeft een buitenwaartse blik geen zelfstandige betekenis. Dat is op zich te respecteren, maar behalve dat een dergelijke visie steunt op een wat mij betreft te beperkt democratiebegrip, denk ik dat een minder introverte visie op rechtsbronnen ook maatschappelijke noodzaak is. In onze complexe wereld moet de rechter namelijk wendbaar kunnen optreden om het rechtssysteem als organisatievorm van maatschappelijke ontwikkelingen en verhoudingen, en als mechanisme voor conflicthantering en rechtsbescherming, adequaat te doen functioneren. De confrontatie aangaan met het buitenland is dan allesbehalve een overbodige luxe, kan zelfs als een vereiste van democratie worden gezien. Dit tast een hiërarchie tussen rechtsbronnen en -stelsels allerminst aan; nationaal recht is en blijft althans de grondslag van de nationale rechtspleging. Maar rechtssystemen als autarkische entiteiten zien waarop men zich terugtrekt in *splendid isolation* is iets heel anders, en lijkt me in het huidige tijdsgewricht zelfs onverantwoord.

62 Vgl. B. Tamanahah, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton: Princeton University Press 2010, p. 194-195.

63 De toegevoegde waarde van het consulteren van in het buitenland erkende rechtsbronnen, in de vorm van vooral wetgeving en rechtspraak (en dus niet Wikipedia), is bovendien dat in deze bronnen reeds de afwegingen liggen verrat die heel eigen zijn voor wetgever of rechter (bijvoorbeeld over haalbaarheid, rechtshandhaving etc.). Ook daardoor zijn juist dergelijke bronnen meer toegespitst als inspiratiebron. Aldus ook V. Perju, 'Cosmopolitanism and constitutional self-government', *International Journal of Constitutional Law (I-Con)* 2010, p. 351 vn. 87.

64 R. Dworkin, *Law's Empire*, London: Fontana Press 1986, p. 239. In dit citaat wordt (nationale) rechtspraak in de vorm van precedentes als uitgangspunt genomen. Dergelijke beperkingen wil ik hier niet aanleggen, en ik lees bovendien tevens wetgeving in het citaat.

65 Schauer 2009, p. 36 en 61.