Tilburg University

Van 'het beleid van de rechter' naar het 'algemeen deel': laveren tussen verschillende rechtstheoretische posities

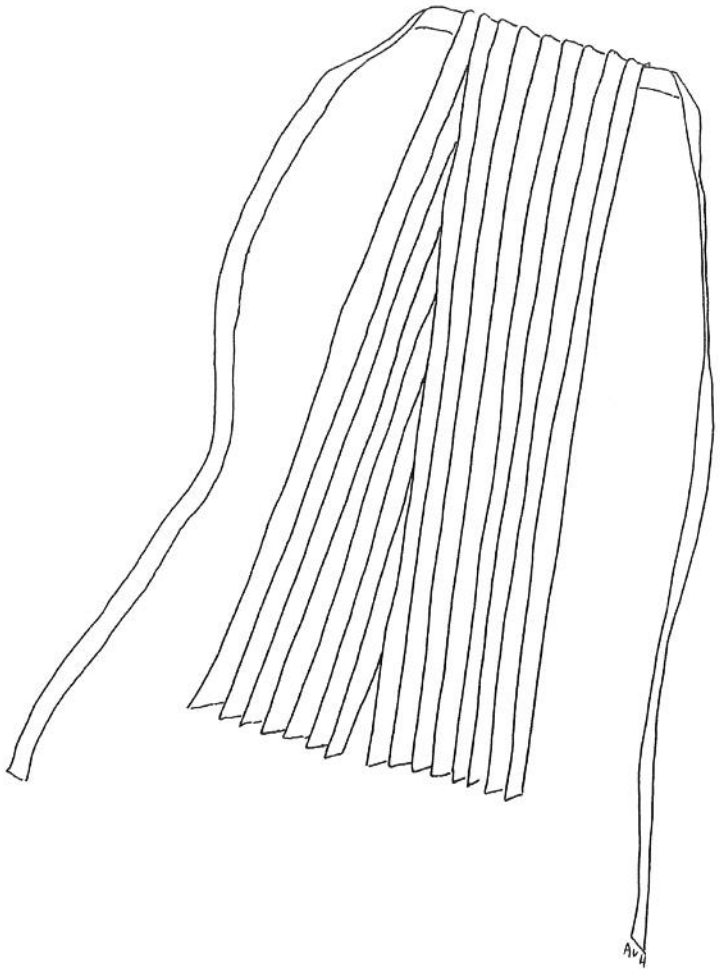
Authors	Adams,Maurice
Publication Date	2024-06-20
Document Version	publishersversion
Link	https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/b7d5e126-af81-46f7-88c4-1a90f49df6fe
Citation	Adams, M 2024, Van 'het beleid van de rechter' naar het 'algemeen deel': laveren tussen verschillende rechtstheoretische posities. in V Sagaert, M Storme & A Van Hoe (eds), Vijftig jaar het beleid van de rechter. Wolters Kluwer, Mechelen, pp. 517-538.
Download Date	2026-02-15 01:56:14
Rights	General rights Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights. - Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research. - You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain - You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal" Take down policy If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

VAN *HET BELEID VAN DE RECHTER* NAAR HET *ALGEMEEN DEEL*: LAVEREN TUSSEN VERSCHILLENDE RECHTSTHEORETISCHE POSITIES

Maurice ADAMS*
Gewoon hoogleraar Tilburg Law School

Door al vroeg in zijn academische carrière, te beginnen bij Het beleid van de rechter, *in te steken op een meer kwalitatieve of materiële benadering van wat het betekent om aan het recht gebonden te zijn, heeft Walter van Gerven ons ver voorbij een traditionele formeel-hiërarchische bronnenleer en een daarbij behorend concept van legitimiteit gebracht. Zijn visie culmineerde in het* Algemeen Deel – Veertig jaar later, *waarin via zijn waardedenken met een geheel getransformeerde (meergelaagde) rechtsorde een omgang werd gevonden. Dat Van Gerven met dit alles ons denken op scherp heeft gezet, is een verdienste die niet iedere auteur gegeven is.*

* Dank aan Matthias Storme (redactie *TPR* en KU Leuven/UAntwerpen) en Jan Velaers (UAntwerpen), die commentaar gaven op een eerdere versie van dit artikel.



INHOUD

I. INLEIDING (1-3) 520

II. HET BELEID VAN DE RECHTER: WAARDEDENKEN (4-12) ... 521

III. CREATIEVE RECHTSPRAAK: TRANSPARANTIE GEVRAAGD (13-21) 526

IV. ALGEMEEN DEEL: WAARDEDENKEN IN EEN MEERGELAAGDE RECHTSORDE (22-25) 529

V. WELKE NORMENHIËRARCHIE IN EEN MEERGELAAGDE RECHTSORDE? (26-32) 531

VI. DRIE RECHTSTHEORETISCHE POSITIES (33-41) 534

VII. TOT SLOT (42) 537

I. INLEIDING

1. Wat meestal wordt onthouden over *Het beleid van de rechter*[1] is dat de monografie een rechtstheoretische beschouwing biedt waarin vooral de *keuzevrijheid* van de rechter wordt beklemtoond: omdat er in het recht vaak meerdere keuzes voorliggen, maakt de rechter – en eigenlijk iedere jurist – nu eenmaal 'beleid'. Van Gerven had zich als een van de eersten in België ondergedompeld in vooral recente buitenlandse – Amerikaanse, Duitse, Engelse, Franse en Nederlandse – literatuur over die keuzevrijheid, en hij presenteerde die in begrijpelijke taal voor een breed juristenpubliek. De monografie was zo bekeken belangrijk als shocktherapie, nodig om diegenen die zich in 1973 nog steeds in een dogmatische slaap bevonden wakker te schudden.

2. Wat meestal over het hoofd wordt gezien, of in ieder geval niet al te sterk benadrukt, is dat de monografie eigenlijk vooral een andere kwestie poneert. Want indien de rechter inderdaad keuzevrijheid heeft, hoe moet die vrijheid dan worden ingevuld? Van Gervens antwoord lag in wat hij waardedenken heeft genoemd: de rechterlijke uitspraak moet steunen op basisbeginselen die in de vigerende rechtsorde worden erkend. Dat waardedenken steunde op een visie op rechterlijke legitimiteit, die vooral gelegen was in de rechtvaardigheid die rechterlijke beslissingen tot stand brengen, zowel in maatschappelijke zin als in individuele zaken[2]. Dat zou dan moeten leiden tot de overtuiging, in brede lagen van de bevolking, dat de politieke instellingen (waaronder de rechterlijke macht) en hun equipage het vertrouwen waard zijn[3].

3. Het is er me hier niet om te doen een kritische analyse van Van Gervens monografie te bieden[4]. Wel probeer ik zijn werk, dat culmineert in het zogeheten *Algemeen Deel – Veertig jaar later* uit 2010[5], te duiden "*in its best light*"[6]. De aandacht gaat daarbij vooral uit naar het vermelde waardedenken,

---

[1] W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter* (Antwerpen: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij 1973), 166 p. Verder: *Het beleid*. Een aantal jaren later verscheen de dissertatie over een gelijkaardig onderwerp van Mark VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter* (Antwerpen: Kluwer 1979). Van Gerven was een van de juryleden van deze dissertatie.

[2] Voor een problematisering van het begrip legitimiteit: M. BOKHORST, *Bronnen van legitimiteit* (dissertatie Tilburg) (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014).

[3] Aldus de treffende woorden van Van Gervens generatiegenoot en collega Luc Huyse: L. HUYSE, *De lange weg naar Neufchâteau* (Leuven: Van Halewijck 1996), 7.

[4] Een paar bedenkingen formuleer ik in voetnoot. Van Gerven was zich overigens zeer bewust van het feit dat *Het beleid* geen dichtgetimmerd traktaat was. Zie A. DOOLAEGE en J. THEUNIS, "Interview met prof. W. Van Gerven over 'Het beleid van de rechter'", *Jura Falconis* 1974, 102.

[5] W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel. Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en rechtstoepassing* (gepubliceerd in de reeks *Beginselen van Belgisch privaatrecht*) (Mechelen: Kluwer 2010), 603 p. Verder: *Algemeen Deel – Veertig jaar later*.

[6] Ik ontleen deze benadering (*constructive interpretation*) losjes aan Ronald Dworkin. Zie onder meer diens *Law's Empire* (London: Fontana Press 1986), 52-53 en 90-91.

en hoe dat zich weet te verhouden tot legitimiteit en de hiërarchie van rechtsbronnen. Daarbij maak ik een tussenstop bij een geschrift dat in 1997 werd gepubliceerd: het omstandige artikel "Creatieve rechtspraak"[7], geschreven naar aanleiding van de maatschappelijke en justitiële crisis die de zaak-*Dutroux* had veroorzaakt. Ik lees in dat artikel niet alleen een tussenstand van zijn opvattingen, maar vooral een nadere concretisering ervan. Uiteindelijk kom ik tot een beschouwing over hoe de visie van Van Gerven in rechtstheoretische zin relateert aan wat vandaag veelvuldig een meergelaagde rechtsorde wordt genoemd. Daarbij staat het zojuist genoemde *Algemeen Deel* centraal.

II. HET BELEID VAN DE RECHTER: WAARDEDENKEN

4. Zoals gezegd maakt de constatering dat de rechter keuzevrijheid heeft volgens mij niet de kern van *Het beleid* uit. In zijn afscheidsrede aan de Leuvense universiteit drukte hij nog eens kernachtig uit wat de centrale boodschap van de monografie dan wel was:

> "De leidende gedachte van het boekje was dat een jurist aan wie een probleem wordt voorgelegd, niet zelden verschillende richtingen op kan waarvan enkele op overtuigende wijze juridisch kunnen worden beargumenteerd. Als de jurist dan uiteindelijk voor één van die richtingen kiest, doet hij dat niet uitsluitend op grond van zuiver juridische maar ook op grond van andere, meer beleidsmatige overwegingen. Zaak is daarbij om die overwegingen niet subjectief te laten worden, dit is gesteund op zuiver persoonlijke (voor-)oordelen of oordelen eigen aan de groep waartoe men behoort [...], maar op een belangen- en waardenbeoordeling die kan steunen op een consensus [...] in de samenleving"[8].

En in *Het beleid*:

> "Rechtsregels, ook wanneer zij in een wettekst zijn neergeschreven, bevatten, de ene meer dan de andere, een zekere speel- of manoeuvreerruimte. Aan elk rechtsconflict ligt, naast een belangenconflict ook een waardenconflict ten grondslag: geheel waardevrije oordelen bestaan niet, of bestaan nauwelijks. [...] De conclusie hieruit volgt als vanzelf: het is de oplossing van het waardenconflict die zal aanwijzen hoe de speelruimte binnen de rechtsregel moet worden opgevuld"[9].

5. Ter verduidelijking: het onderscheid tussen belangen en waarden waarvan in de zojuist gegeven citaten sprake – onderscheid dat overigens

---

[7] W. VAN GERVEN, "Creatieve rechtspraak", *RW* 1997, 209-223.

[8] W. VAN GERVEN, "Een inaugurale rede tot afscheid", *Jura Falconis* 1999-2000, 469-482.

[9] *Het beleid*, 139.

niet steeds scherp is te maken – verwijst dan respectievelijk naar de directe (pecuniaire of andere) baten die de partijen in een geding opeisen, of naar de objecten van betrachting waarvan de betekenis het concrete geding overstijgt[10]. In hedendaagse terminologie zouden we wanneer we het over waarden in de door Van Gerven bedoelde zin hebben, over rechtsbeginselen spreken.

6. Naast elke waarde, zo stelde Van Gerven nog, kan een andere waarde worden geplaatst[11]. Die moeten dan tegen elkaar afgewogen worden. Vandaar dat er over een waardenconflict wordt gesproken. Om te vermijden dat de oplossing van dit conflict alleen de persoonlijke voorkeur van de rechter weergeeft – geen filosoof-koning! –, zou er een beslissing moeten worden genomen "*waardoor een zo groot mogelijke consensus*[12] *tussen partijen, maar ook, wat de het geding overschrijdende waarden betreft, in de samenleving wordt bereikt*"[13]. Dat is wat het betekent een 'beleid' te voeren, een term die Van Gerven dus uitdrukkelijk niet in de beperkte partijpolitieke betekenis hanteerde[14], maar veeleer in een ruime betekenis, namelijk als het ordenen van de samenleving aan de hand van beslissingen die op dwingende wijze aan de gehele bevolking worden opgelegd[15]. En wanneer er dan voor de ene of de andere waarde wordt gekozen, zou overigens de niet-gekozen waarde niet uit het systeem verdwijnen, maar was die alleen niet doorslaggevend geweest in de betreffende casus.

7. Waarden die in *Het beleid* worden genoemd, zijn bijvoorbeeld procedurevoorschriften (vereisten van legaliteit, die gelijke behandeling mogelijk maken[16]), maar ook de maatschappelijke principes waarop een westerse democratie en sociale markteconomie steunt (het zou dan kunnen gaan om, bijvoorbeeld, het spanningsveld tussen het recht op bedrijfsbezetting versus de continuïteit van een onderneming; of de reikwijdte van de sociale zekerheid). Of nog: waarden waarin het spanningsveld tussen individuele versus

---

[10] *Het beleid*, 133.

[11] *Het beleid*, 133. Tevens A. DOOLAEGE en J. THEUNIS, *Jura Falconis* 1974, 102.

[12] Een begrip dat verwijst naar maatschappelijke aanvaardbaarheid, niet naar algemene goedkeuring.

[13] *Het beleid*, 146 (cursivering toegevoegd).

[14] Vgl. *Het beleid*, 144-147.

[15] Om misverstanden te vermijden: dit is mijn omschrijving, die overeenkomt met een in de politieke wetenschap veelvuldig gebruikte definitie: "Politics are the authoritative allocation of values in a given society". D. EASTON, *The Political System* (New York: Knopf 1953), 129. In lijn hiermee wijst Huyse er terecht op dat een opsomming van *organen* die aan politiek doen zeer ruim is. "Vakbonden, patroonsorganisaties, ziekenfondsen, artsensyndicaten en het bedrijfsleven nemen beslissingen die de samenleving ordenen en op dwingende wijze, eventueel via de tactiek van de voldongen feiten, aan de hele bevolking worden opgelegd" (L. HUYSE, *De politiek voorbij. Een blik op de jaren negentig* (Leuven: Kritak 1994), 131).

[16] *Het beleid*, 120-128. Van Gerven werd wat dit aangaat sterk geïnspireerd door het werk van de Amerikaanse rechtsfilosoof Lon Fuller: L.L. FULLER, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press 1969).

gemeenschapswaarden tot uiting komt (bijvoorbeeld bij ethische kwesties als abortus of euthanasie)[17].

8. Hoe dan ook, in principe – "wat wel door niemand zal worden ontkend"[18] – diende de rechter zich te baseren op de waardenprioriteiten die door de wetgever "door middel van een numeriek meerderheidsstelsel"[19] zijn opgesteld. Daarvan kon, bij wege van uitzondering, worden afgeweken wanneer de meerderheidsconsensus in de samenleving een verschuiving heeft gekend tegenover de consensus die bestond bij de totstandkoming van de wet. Daardoor zou een actueel waarderingsplan in de plaats worden gesteld van een historisch waarderingsplan, iets wat de auteur overigens vrijwel uitgesloten achtte bij recente(re) wetgeving[20]. Is er geen consensus, dan zou er eventueel voor een minderheidswaarde kunnen worden gekozen[21]. Soms moeten tegenideeën immers worden gesteund, zolang dergelijke waarden tenminste slechts worden ingezet in de context van het concrete geval dat erdoor wordt beslecht; geen of nauwelijks precedentwaarde dus.

9. In *Het beleid* schetst Van Gerven drie situatietypes waar die consensus een rol speelt[22]. Ik hanteer die hier als illustratie omdat daardoor wat beter kan worden weergegeven aan welke concrete situaties hij zoal dacht.

1° In de eerste plaats is er de situatie waarbij geen belangrijke waardeoordelen van de rechter moeten worden verwacht. De enige waarde die op het spel staat is namelijk dat er orde heerst. De justitiabelen moeten in deze situatie precies weten wat van elkaar te verwachten. Met betrekking tot verkeersregels is dit bijvoorbeeld het geval. In deze situaties dient de rechter de rechtsregels gewoon toe te passen op de feitensituatie die voorligt; hij mag zich althans niet aan vergezochte interpretaties te buiten gaan.

2° In de tweede plaats zijn er de situaties waarbij waardeoordelen in het geding zijn die op dat moment weinig controversieel zijn of waarover een brede consensus bestaat. Denk aan situaties betreffende het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht waarvan de uitgangspunten volgens hem vrij algemeen aanvaard worden. Idealiter zou de wetgever in deze situatie minstens algemene regels dienen uit te vaardigen, die de rechter toelaten een soepele uitvoering – bijvoorbeeld in het licht van de (veranderende

---

[17] *Het beleid*, 133-136.

[18] *Het beleid*, 147.

[19] *Het beleid*, 147.

[20] *Het beleid*, 147.

[21] *Het beleid*, 152.

[22] *Het beleid*, 132-137. Tevens W. VAN GERVEN, "Plaats en functie van regelgeving, rechtspraak en rechtsleer in het kader van de rechtsvorming", in *Theorie en praktijk van de rechtsvinding* (Zwolle/Antwerpen: Tjeenk Willink/Standaard 1977), 19-24.

maatschappelijke) omstandigheden – aan de waardenprioriteiten te geven[23]. Vage normen zijn in deze situatie bij uitstek geschikt. Voor zover er geen wetgeving ter beschikking staat, dient de rechter aansluiting te zoeken bij de in de samenleving heersende consensus dienaangaande.

3° Het derde type betreft situaties waarbij belangrijke waardeoordelen in het geding zijn die nog niet zijn gerijpt of die controversieel zijn. Een voor de hand liggend voorbeeld was, ten tijde van *Het beleid*, dat van ethische kwesties zoals euthanasie. Voor zover een vraag daarover bij de rechter voorligt en er nog geen wetgeving over bestaat, dient de rechter een niet al te abstracte regel op te stellen. Het gaat dan om beslissingen in het individuele geval, beslissingen op pragmatische basis. Indien de wetgever te lang stil zit, en indien dit stilzitten te wijten is aan een gebrek aan daadkracht of efficiëntie, staat het de rechter vrij om een rechtsregel met een hoge(re) mate van abstractie op te stellen[24].

10. Aan deze drie situatietypes worden steeds andere eisen gesteld met betrekking tot de rechterlijke motivering. Want hoe meer een aangelegenheid eigenlijk door de wetgever zou moeten worden beslecht, hoe omstandiger en informatiever de motivering zou dienen te zijn[25].

---

[23] Juist uit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht blijkt hoe veranderlijk de status van bestaande regelsystemen wat dit aangaat kan zijn. Op dit moment immers beweren dat dat rechtsgebied maatschappelijk aanvaard wordt (zelfs in zijn uitgangspunten), zal bij sommigen de wenkbrauwen doen fronsen. Ik verwijs slechts naar de klimaatzaken die momenteel zo de aandacht trekken. Maar in zekere zin bevestigen die het punt van Van Gerven: want juist door het gebruik van open normen kan er, zo is zijn stelling, een omgang worden gevonden met de veranderlijke maatschappelijke omstandigheden.

[24] Dat was wat er uiteindelijk gebeurde bij de regulering van euthanasie in Nederland. Na vele jaren maatschappelijk en professioneel debat, waarbij een veelheid aan actoren betrokken waren – artsenorde, ethische commissies van allerlei gezindten, Openbaar Ministerie, parlement, wetenschappers enzovoorts – had dit ondanks politieke beloftes nog niet geleid tot wetgevende actie. Vervolgens kwam de Hoge Raad in 1984 met het bekende en baanbrekende *Schoonheim*-arrest, door middel waarvan euthanasie een eerste keer werd gereguleerd. Zie het proefschrift van Heleen Weyers voor een diepgaande analyse van de Nederlandse rechtsvormingsdynamiek ter zake: H. WEYERS, *Euthanasie. Het proces van rechtsverandering* (Amsterdam: Amsterdam University Press 2004).

[25] Eén nuance wil ik hier maken wat betreft de aansluiting bij de 'in de samenleving heersende consensus', een frase die Van Gerven vooral sociologisch lijkt op te vatten. Voor zover daarmee wordt gedoeld op zoiets als de publieke opinie – "de onder de Belgen levende rechtsovertuigingen" – kan een dergelijke consensus uiteindelijk niet meer betekenen dan een indicatie (een richtlijn of een gezichtspunt) voor het rechterlijk oordeel. Eventueel zelfs een belangrijke indicatie, maar desondanks nog altijd een indicatie die van relatieve betekenis is. Een consensus in de samenleving kan immers berusten op vooroordelen of machtsongelijkheden, en in die zin uitermate onderdrukkend werken. In de mate dat door de rechter op zoek gegaan wordt naar deze consensus, moet het daarom volgens mij gaan om een kritische of rationele consensus (vgl. het begrippenkader *intuitive* en *critical morality* van de moraalfilosoof R.M. HARE, *Moral Thinking* (Oxford: Oxford University Press 1982)). Impliciete steun voor deze opvatting kan misschien worden gevonden waar Van Gerven zegt dat in uitzonderlijke gevallen door de rechter een minderheidswaarde mag worden gesteund. Zie *Het beleid*, 152. Vgl. tevens het bekende debat hierover tussen Herbert Hart en Patrick Devlin: H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality* (Oxford: Oxford University Press 1963) en P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*

11. In het voorlaatste hoofdstuk van *Het beleid* volgt dan een significante maar weinig opgemerkte passage, waarin Van Gerven meer duidelijkheid schept over het juridische statuut van de waarden waarop een rechter zijn beslissing (mede) mag steunen. Ik citeer:

> "Een rechter mag een gegeven waarde slechts aan zijn beslissing ten grondslag leggen wanneer hij in het vigerende regelsysteem – maar dan regelen genomen in de ruime betekenis van het woord: ook gewoonterechtelijke en jurisprudentiële regelen zijn daarmee bedoeld – aanknopingspunten vindt, m.a.w. in een zelfde zin uitgevallen waardenprioriteiten, in wier verlengde de beslissing kan worden gesitueerd"[26].

Met andere woorden, waardedenken dient uitdrukkelijk steun te vinden in het positieve ('vigerende') recht, moet dus meer zijn dan *Einzelfallgerechtigkeit*: alleen zo kan het een garantie zijn tegen arbitraire beslissingen (kan het er dus voor zorgen dat gelijken gelijk worden behandeld), en kan het een ferme aanduiding van *Konsensfähigkeit* zijn.

12. Alles bij elkaar genomen lijkt er in *Het beleid* een stevige plaats voor de leidende betekenis van de nationale wetgever en vooral nationale wetgeving, die zeker ten tijde van het schrijven van de monografie nog een prominente plaats opeiste in de hiërarchie van rechtsbronnen en het denken van juristen. Alleen onder strikte voorwaarden mocht van wetgeving worden afgeweken; als uitzondering op de regel. En de keuzeruimte die de rechter desondanks heeft, behoorde, binnen de context van die algemeen geaccepteerde bronnenleer, te worden geleid door waardedenken. Aldus zou legitimiteit worden bereikt. Op de achtergrond van dit alles sluimert een opvatting waarin democratie, gemeenschap en een specifiek omgrensd gebied nog nauw met elkaar verbonden zijn[27]. De aard van de '*demos*', de politieke gemeenschap, ideeën over zelfbestuur, vertegenwoordiging, en dus ook een juridische bronnenleer, worden aldus ook sterk geassocieerd met de instellingen van de natiestaat. Juist dat gegeven wordt later naar aanleiding van de zich steeds verder ontwikkelende zogeheten meergelaagdheid van het recht, verder doordacht. Ik kom daar in paragraaf IV tot en met VI op terug.

(Oxford: Oxford University Press 1965). Dworkin heeft het in deze context over het onderscheid tussen een antropologische en onderscheidende moraal (R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1977), 248).
Recent werk over de relatie tussen rechtspraak en wat in de politieke filosofie *public reason* wordt genoemd, is wat dit aangaat boeiend. Zie S.A. LANGVATN, M. KUMM en W. SADURSKI, *Public Reason and Courts* (Cambridge: Cambridge University Press 2020) en W. SADURSKI, *Constitutional Public Reason* (Oxford: Oxford University Press 2022).

[26] *Het beleid*, 153.

[27] Uiteraard was Van Gerven zich in 1973 al volop bewust van de ontwikkeling van het supranationale Europese recht. Maar dat neemt niet weg dat zijn opvattingen dominant werden gekoppeld aan het bestaan van één min of meer unieke nationale wetgever. De vraag is overigens of een formele bronnenleer niet altijd al een fictief gehalte heeft gehad. Zie J. VELAERS, "La hiérarchie des normes et l'arrêt *Franco-Suisse Le Ski*", *JT* 2021, 596-602.

III. CREATIEVE RECHTSPRAAK: TRANSPARANTIE GEVRAAGD

13. In 1997 verscheen in het *Rechtskundig Weekblad* een omstandig artikel dat Van Gerven had geschreven naar aanleiding van het zogeheten *Spaghetti-arrest*[28].

14. Ter herinnering: de zaak betrof onderzoeksrechter Jean-Marc Connerotte, verbonden aan de rechtbank van eerste aanleg in Neufchâteau en belast met het onderzoek in de zaak van de perverse kindermoordenaar Marc Dutroux. Connerotte had tijdens een benefietavond voor al diegenen die op de een of andere wijze hadden bijgedragen aan de redding van twee van de slachtoffertjes van Dutroux, een bord spaghetti gegeten en een geschenk, een vulpen, aangenomen. En dit in aanwezigheid van die slachtoffertjes zelf. Zijn aanwezigheid op de avond lekte uit en de advocaat van Dutroux spande bij het Hof van Cassatie een procedure van onder meer gewettigde verdenking aan. Connerotte, aldus het Hof van Cassatie op 14 oktober 1996, kon als gevolg van zijn aanwezigheid op de vermelde avond onmogelijk nog onpartijdig en onafhankelijk oordelen[29]. Daarop besloot het Hof het dossier-*Dutroux* aan hem te onttrekken en het door te verwijzen naar een andere onderzoeksrechter bij dezelfde rechtbank.

15. Een en ander gaf aanleiding tot een maatschappelijke en justitiële crisis van formaat, waarvoor meerdere oorzaken waren. Ik vermeld er hier twee.

1° De wijze waarop het arrest van het Hof van Cassatie was verwoord, leidde in ieder geval onder juristen tot nogal wat kritiek (bijval voor het arrest was er trouwens ook). In zijn retorische manifestatie volgde het oordeel een eigen krachtige logica; de conclusie leek onvermijdelijk te volgen uit de feiten, en het Hof hield zich strikt aan de letter van de wet – of wekte in ieder geval die indruk – en suggereerde dat er geen ruimte was voor interpretatie. Tegelijkertijd was het Hof echter wel degelijk creatief omgegaan met in ieder geval bepaalde aspecten van de casus. Naar de mening van vele gerespecteerde academici en practici had het Hof keuzes gemaakt die ook juridisch gezien niet onvermijdelijk waren[30]. Omstreden kwesties omvatten de betekenis van het begrip onpartijdigheid, de ontvankelijkheid van de burgerlijke partijen, de eigenlijke functie van een onderzoeksrechter en de juiste betekenis van artikel 828 van het Gerechtelijk Wetboek en artikel 542 van het Wetboek van Strafvordering.

---

[28] W. VAN GERVEN, "Creatieve rechtspraak", *RW* 1997, 209-223.

[29] Zie het arrest Cass. 14 oktober 1996, in *JT* 1996, 670 en in *Arr.Cass.* 1996, 379.

[30] Zie naast Van Gerven zelf, onder meer F. DELPÉRÉE, "Quelques propos sur la justice et la politique", *JT* 1997, 69-75 (met verdere verwijzingen).

2° Connerotte was snel uitgegroeid tot een ware volksheld; de enige die in staat was gebleken, te midden een volgens vele burgers 'verrot systeem van justitie', om 'de' waarheid boven tafel te krijgen en de nog levende kinderen te bevrijden[31]. En juist die held werd door het Hof 'geslachtofferd'!

16. Het arrest van het Hof van Cassatie leidde tot een nooit eerder geziene protestbeweging. Er werd betoogd, in fabrieken werd gestaakt, vurige lezersbrieven bestookten de krantenredacties, editorialen veroordeelden het arrest én de mentaliteit van de cassatierechters, en die mobilisatie zou in oktober 1996 uitmonden in de zogenaamde 'Witte Mars' waarbij honderdduizenden betogers door de straten van Brussel trokken[32]. Bij dit alles fungeerde het Hof van Cassatie uitdrukkelijk als de spreekwoordelijke Kop van Jut; het werd beschuldigd van politieke machinaties, wereldvreemdheid en ongevoeligheid. Als er in de recente geschiedenis ooit van een legitimiteitscrisis van de rechterlijke macht sprake is geweest, dan was het wel in 1996.

17. Van Gerven ging in zijn artikel op een respectvolle wijze met het Hof van Cassatie om. Hij benadrukte althans dat hij in zijn artikel slechts alternatieve zienswijzen op het arrest wilde ontwikkelen, daarmee zijn these over de beleidsvrijheid van de rechter illustrerend. "Het is niet mijn bedoeling dit arrest grondig te bespreken, laat staan het te bekritiseren. Zoals hiervoor aangeduid, kan de interpretatie van geldend recht tot verschillende soms diametraal tegengestelde besluiten leiden. De door het Hof van Cassatie aangeduide oplossing is er één van, zij het niet de enig mogelijke"[33].

18. Waarna in weerwil van wat de auteur beweerde, wel degelijk een grondige bespreking van het arrest werd geboden. Wie aandachtig leest, al weze het tussen de regels door, kan bijna niet om de conclusie heen dat hij streng was voor het Hof van Cassatie. Het had anders gemoeten, en hij zette uiteen hoe dat via een beginselen- of waardenbenadering, gekoppeld aan een "effect-gerichte interpretatie"[34], had gekund. Want waarom werd in de redenering van het Hof niet beter rekening gehouden met de belangen van de

---

[31] De lezer mag in deze verwoording geen oordeel van mijzelf lezen: ik doe slechts een sociologische uitspraak over wat een groot deel van de Belgische burgers destijds heeft ervaren.

[32] Een boeiende analyse van die Witte Mars is te vinden in S. WALGRAVE en J. MANSSENS, "The making of the white march: the mass media as a mobilizing alternative to movement organizations", *Mobilization* 2000, 217-239.

[33] W. VAN GERVEN, "Creatieve rechtspraak", *RW* 1997, 215. Een stelling die hij op p. 219 herhaalde: "Zoals gezegd is het niet mijn bedoeling de in het arrest aangehouden redenering als onjuist te bestempelen – alleen haar te relativeren door aan te duiden dat ook een andere juridisch eveneens aanvaardbare oplossing had kunnen worden aangehouden".

[34] Van Gerven gaf toe dat dit een gedurfde interpretatiemethode is, maar stelde ook dat het Hof van Cassatie zich er wel degelijk aan had gewijd. Het besliste immers Connerotte weliswaar van de zaak te ontheffen, maar, om te vermijden dat het onderzoeksinstrumentarium zou moeten worden overgebracht naar een ander arrondissement, de zaak in Neufchâteau te houden, W. VAN GERVEN, "Creatieve rechtspraak", *RW* 1997, 217-219.

slachtoffers (ongeacht of ze zich burgerlijke partij hadden gesteld)? Zeker, de rechten van de verdediging waren eveneens van cruciaal belang, maar datzelfde gold voor de belangen van de directe en indirecte slachtoffers. Dat was ook een kwestie van proportionaliteit.

19. Nog sterker dan voorheen benadrukte Van Gerven de rol van waarden of (algemene) rechtsbeginselen, "omdat zij de verwoording zijn van aan de gehele rechtsorde onderliggende waarde-oordelen die hun diepere verantwoording vinden in het zogeheten rechtsethisch minimum en in het begrip van een democratische – dit is op de deelneming en bescherming van de burger – gerichte Rechtsstaat"[35]. Hij voegde er nog aan toe dat dergelijke beginselen "voor voortschrijdende interpretatie" vatbaar waren.

20. Het artikel betreft een heel concrete toepassing van de positie die al in *Het beleid* aanwezig was. Maar de auteur benadrukte ook een element dat in *Het beleid* nog maar voorzichtig aan de orde was gekomen. Want waardedenken via de route van rechtsbeginselen alleen bleek niet voldoende, het rechterlijk denkproces zou ook *kenbaar* voor de burger behoren te zijn.

21. Opnieuw was Van Gerven bijzonder kritisch. Want uit het arrest vernamen we weliswaar waarom het Hof ervoor had gekozen onderzoeksrechter Connerotte te ontheffen van zijn taak en de zaak te verwijzen naar een onderzoeksrechter in hetzelfde arrondissement, maar niet waarom men niet voor andere opties had gekozen: geen ontheffing bijvoorbeeld, of ontheffing én verwijzing naar een onderzoeksrechter in een ander arrondissement. "Het komt mij voor", zo schreef Van Gerven, "dat in een zaak waarin het Hof van Cassatie in rechte én in feite oordeelt en waaromtrent in de samenleving zo'n grote beroering was ontstaan, het Hof het aan zichzelf en aan de gemeenschap verplicht is meer uitleg te geven"[36]. Waarom was het Hof er niet aan toegekomen voor eenmaal in eenvoudige termen, los van de gebruikelijke hermetisch gesloten redeneertrant, uit te leggen welke de mogelijkheden waren en waarom het Hof voor de ene en niet de andere oplossing had gekozen? Hoe ook, transparantie, in de vorm van een deugdelijke motivering, werd hier uitdrukkelijk gepositioneerd als nadere bron van legitimiteit[37].

En het was ook duidelijk dat de casus hem had geraakt, als mens en als wetenschapper.

---

[35] W. VAN GERVEN, "Creatieve rechtspraak", *RW* 1997, 213.

[36] W. VAN GERVEN, "Creatieve rechtspraak", *RW* 1997, 219.

[37] Hierover tevens M. ADAMS en D. BROEREN, "Rechterlijke argumentatie en transparantie: een rechtsvergelijkende exercitie", in D. Broeders, J.E.J. Prins e.a. (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak (Verkenning Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid)* (Amsterdam: Amsterdam University Press 2013), 166-206.

IV. *ALGEMEEN DEEL*: WAARDEDENKEN IN EEN MEERGELAAGDE RECHTSORDE

22. In 2010 publiceerde Van Gerven samen met Steven Lierman zijn hernieuwde *Algemeen Deel*[38]. Kernvragen van het boek waren wat de toegenomen meergelaagdheid impliceert voor de kwaliteit van onze rechtsstaat en hoe het democratisch gehalte daarvan gegarandeerd kon worden. De doelstelling van dat boek, zoals eerder *Het beleid*, ging gepaard met wat op een geloofsbelijdenis lijkt. De inzet ervan steunt immers op de vooronderstelling dat "alle lagen en delen van de globale rechtsorde, privaat- en publiekrechtelijk, onderstut worden door gemeenschappelijke waarden die kenmerkend zijn voor een democratische samenleving"[39].

23. 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 er zich ferme tendensen 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 meergelaagde 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.

24. Het gaat echter niet alleen om gedeelde en gefragmenteerde soevereiniteit. Soms wordt de soevereiniteit immers *gelijktijdig* opgevorderd door actoren op verschillende niveaus. Zo claimt het Europees Hof van Justitie al van in zijn begindagen de ultieme autoriteit: in arresten als *Costa vs. 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. Soms doet men dat door voorwaarden te stellen op basis waarvan ze de hiërarchische superioriteit van het Europees recht wensen te aanvaarden. Onder meer het tweede *Solange* arrest van 22 oktober

---

[38] W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel – Veertig jaar later* Zie voor een bespreking van dat boek, waarop ik hier steun en voortbouw: M. ADAMS en W. WITTEVEEN, "Gedaantewisselingen van het recht", *RW* 2010-11, 1120-1126.

[39] *Algemeen Deel – Veertig jaar later*, 16.

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[40]. Het Hof beloonde daarmee het inmiddels verworven *acquis* ter zake, en formuleerde de uitdrukkelijke wens tot voortzetting van deze situatie. De geldigheid van een rechtsbron wordt hier niet langer exclusief formeel-hiërarchisch gemeten, maar vooral kwalitatief[41].

25. Maar soms is er ook sprake van een strijd tussen de verschillende (hoogste) gerechtshoven en rechtsordes. De recente spanningen tussen enerzijds het Poolse Trybunał Konstytucyjny (Grondwettelijk Hof) en anderzijds het Hof van Justitie EU (HvJ) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), vormen hier een extreem voorbeeld van. Zo stelde op 7 oktober 2021 het Poolse Hof, naar aanleiding van een vraag van de Poolse regering zelf, dat de basisnormen van het Unierecht ongekwalificeerd moeten wijken voor de Poolse Grondwet zoals uitgelegd door dat Hof[42]. Dit bovendien in weerwil van verschillende veroordelingen door het EHRM, waarin werd gesteld dat het Trybunał Konstytucyjny niet is samengesteld overeenkomstig artikel 6 EVRM (rechterlijke onafhankelijkheid)[43].

---

[40] Zie een lijn van rechtspraak 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, *Honeywell* 2010 en *Weiss* uit 2020. Deze rechtspraak kent overigens vele dimensies. Kritisch over de visie van het Duitse Hof over wat het betekent een democratie te zijn, is H.C.F.J.A. DE WAELE: "'*Karlsruhe über Alles*' – Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse *Bundesverfassungsgericht*", *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2010, 51-62. Zie ook S. VAN DEN BOGAERT en V. BORGER, "Hoog spel in Karlsruhe. Het Duitse Constitutionele Hof over het *Public Sector Purchase Programme* van de ECB", *Nederlands Juristenblad* 2020, 2978-2989. Nederland en België lijken brave leerlingen wat dit betreft, en conformeren zich goeddeels aan de supranationaliteit van de Europese rechtsorde. Zie echter André Alen voor kwalificaties: A. ALEN, "De nationale identiteit – Slotwoord", *Tijdschrift voor Belgisch Publiekrecht* 2017, 366-372.

[41] Opvallend is dat het Europees Hof van Justitie zelf een gelijkaardig kwalitatief standpunt inneemt ten aanzien van de rechtsorde van de VN in zijn *Kadi*-arrest van 3 september 2008.

[42] Het voert te ver op deze plaats daar in detail op in te gaan. Ik verwijs naar R. LAWSON, "Pourquoi payer pour Dantzig? De rechtsstaat in Polen – IV", gepubliceerd op www.nederlandrechtsstaat.nl (12 oktober 2021).

[43] Zie *Xero Flor w Polsce sp. z o.o./Poland* (App. no. 4907/18, 2021) en *Reczkowicz/Poland* (App. no. 43447/19, 2021). Inmiddels heeft in juni 2023 het Hof van Justitie geconstateerd dat de instelling van een tuchtkamer voor rechters, alsmede enkele andere maatregelen die een inbreuk maken op de rechterlijke onafhankelijkheid, in strijd zijn met het Unierecht. Zie *Commission/Polen (Indépendance et vie privée des juges)*, HvJ 5 juni 2023, https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-204/21.

V. WELKE NORMENHIËRARCHIE IN EEN MEERGELAAGDE RECHTSORDE?

26. Naar aanleiding van dit alles rees voor Van Gerven en Lierman de vraag die Neil MacCormick reeds aan het begin van de jaren negentig eloquent onder woorden bracht:

> "*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?*"[44].

Anders gezegd: moet er niet, omwille van de consistentie en coherentie van de rechtsorde, op zoek worden gegaan naar gemeenschappelijke concepten en beginselen die alle rechtsdomeinen overspannen? De vraag stellen is het antwoord geven.

27. De auteurs tonen aan dat beginselen als proportionaliteit en evenredigheid, het vertrouwensbeginsel, gelijke behandeling en non-discriminatie, zorgvuldigheid etc. inmiddels het hele recht en heel wat rechtsverhoudingen beheersen. Ook 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 (zoals burgerschap), basisprincipes (zoals subsidiariteit en transparantie) en institutionele verworvenheden (zoals 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). Door deze waarden bijvoorbeeld in de rechtspraak steeds beter te betrekken, *bottom-up* als het ware, onder meer door middel van conforme interpretatie, kan consistentie, coherentie en rechtszekerheid worden nagestreefd[45]. Op basis van dit alles stellen de auteurs ook het onderscheid privaat- en publiekrecht stevig ter discussie.

---

[44] D.N. MacCormick, "Beyond the Sovereign State", *The Modern Law Review* 1993, 17.

[45] 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. Zie wat dit laatste betreft vooral de *Ius Commune Case Books for A Common Law of Europe*, die door Van Gerven werden geïnitieerd.

28. De ordening en het conceptuele houvast die in een dergelijke situatie door een formele, piramidaal gestructureerde bronnenhiërarchie wordt geboden blijft belangrijk, maar kan in een meergelaagde rechtsorde niet meer exclusief zijn. Gegeven de gedaantewisselingen die het recht de voorbije decennia heeft ondergaan, is een dergelijke bronnenhiërarchie 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 eenvormigheid van recht binnen een uitgestrekt rechtsgebied voorop moet staan [...]. Maar determinerend is die factor niet"[46].

Kortom, in een meergelaagde rechtsorde is de formele hiërarchie van rechtsnormen een relatief en flexibel gegeven. Soevereiniteit krijgt daarmee een heel ander statuut; is daarmee niet alleen meer van nationale herkomst of herleidbaar tot een nationale Grondwet. Je zou ook kunnen zeggen dat daarmee een formele en piramidale hiërarchie van rechtsbronnen wordt ingewisseld voor een materiele hiërarchie.

29. In het verlengde van dit laatste mondt het pleidooi van Van Gerven en Lierman uit in een ontwerp van een op het IPR gebaseerd collisierecht, dat de verhoudingen 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 en waarden die geheel het recht stutten zouden in principe immers ook erkenning moeten krijgen als hoogst in hiërarchie, ongeacht het rechtsgebied.

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

1° 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 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

[46] *Algemeen Deel – Veertig jaar later*, 170.

subsidiariteit. In ieder geval kan de nationale hoogste (veelal constitutionele) rechter over de legitimiteit ter zake beslissen.

2° 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[47].

3° 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.

31. Al bij al zien we hier een stevige doorontwikkeling van de visie die in *Het beleid* van de rechter al in vroege vorm aanwezig was. De gedaantewisselingen die het recht de voorbije decennia heeft ondergaan, zetten de vraag naar de betekenis van die waarden echter op scherp. Waar in *Het beleid*, zoals we zagen, Van Gerven uiteindelijk toch nog sterk gehecht was aan de wil van de (nationale) wetgever, is dat nu minder het geval. Legitimiteit is vooral gekoppeld aan de bescherming van waarden of rechtsbeginselen, zoals die te vinden zijn in de pluraliteit van elkaar versterkende en soms beconcurrerende rechtsordes. In het bijzonder in de tweede collisieregel, die in zekere zin de andere collisieregels kan doorkruisen, is dat zichtbaar. De toonzetting van het *Algemeen Deel* is daarmee heel anders dan in *Het beleid* nog het geval was.

32. Zo zien we dat een traditionele formele publiekrechtelijke benadering van legitimiteit ('Wie is bevoegd?') aangevuld, en soms opzijgeschoven kan worden door een 'kwalitatieve' aanpak van wat het betekent om gebonden te zijn aan het recht. De hiërarchische vraag is daarmee een functie geworden van dergelijke kwalitatieve beoordeling van rechtswaarden en de normen die deze waarden belichamen. Opvallend is dus dat de formele hiërarchie van rechtsbronnen daarmee sterk gerelativeerd wordt (die is immers niet meer "determinerend").

---

[47] Wel deze kwalificatie: dit criterium wordt niet aanvaard door het Hof van Justitie zelf, wanneer dat ertoe zou leiden dat lidstaten hun Europese verplichtingen niet nakomen omdat dit volgens de nationale rechter strijdig zijn zou met de grondrechten zoals de nationale Grondwet die (ruimer dan het EU-recht) beschermt. Zie arrest-*Melloni* van 26 februari 2013, https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-399/11. In deze casus ging het om de vraag of aan beschermingsvereisten van een Europees aanhoudingsbevel extra eisen mogen worden gesteld op basis van nationale grondrechten. Het antwoord was dus negatief.

VI. DRIE RECHTSTHEORETISCHE POSITIES

33. Het boek laveert daarmee tussen drie herkenbare rechtstheoretische posities[48]: Hans Kelsens formele *Grundnorm* als de uitdrukking van een hiërarchische rechtsopvatting, Ronald Dworkins beginselenbenadering (*law as integrity*), en ideeën over netwerken van rechtsontwikkeling zoals onder meer verwoord door Ernst Hirsch Ballin. Uiteindelijk wordt er niet gekozen tussen deze rechtstheoretische posities. Van Gerven en Lierman zelf verwijzen ook niet naar deze auteurs, maar die kunnen desondanks behulpzaam zijn bij het scheppen van orde in de veelheid aan ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie die in het *Algemeen Deel* in kaart worden gebracht.

34. Kelsen biedt wellicht het meest subtiele beeld van hiërarchie als ordeningsmodel[49]. Vanuit een *institutioneel perspectief* gaat het hier in essentie over wie de ultieme soevereiniteit heeft; over waar de unieke *Grundnorm* valt te situeren. Door die te identificeren, wordt formele rechtseenheid en rechtszekerheid gecreëerd. Vandaar dat onduidelijkheid over de verhouding tussen de verschillende reguleringsniveaus in deze opvatting moet worden vermeden. De kwestie is er aldus een van eerder vormelijke legitimiteit en rechtsstatelijkheid. In *Het beleid* is deze positie, zoals geconstateerd, nog zichtbaar door de nadruk die Van Gerven legde op het belang van de nationale wetgever: alleen onder strikte voorwaarden mocht van wetgeving worden afgeweken. En de keuzeruimte die de rechter desondanks heeft, dient binnen de context van die algemeen geaccepteerde bronnenleer, te worden geleid door waardedenken. Het is echter zeer de vraag of dit institutionele perspectief nog adequaat kan worden ingezet om de ontwikkelingen in de Europese en internationale ruimte te duiden en te normeren.

35. Dworkin, wiens rechtstheorie het beste lijkt aan te sluiten bij die van Van Gerven[50], gaat uit van de geleidelijke ontwikkeling van een rechtssysteem naar een zuivere verwerkelijking van de rechtsbeginselen (waarden) die het systeem coherentie kunnen verschaffen; hij geeft daarmee een beeld van organische ontwikkeling (overigens altijd al aanwezig in de *common*

---

[48] Die zouden in dit debat over normenhiërarchie kunnen fungeren als structurerende metaforen. Zie hierover W. WITTEVEEN, *De denkbeeldige staat* (Amsterdam: Amsterdam University Press 2000), 27-62.

[49] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (Leipzig: F. Deuticke 1934).

[50] Significante verschillen zijn er ook: zo was Van Gerven veel meer dan Dworkin een zogeheten gemeenschapsdenker. Van Gervens opvattingen lijken me overigens beter dan die van Dworkin in overeenstemming met de wijze waarop bijvoorbeeld een Europees Hof voor de Rechten van de Mens te werk gaat met de beperkingsgronden in de artikelen 8-11 EVRM. De lezer kent de riedel wel: beperkingen dienen bij wet te worden voorzien, noodzakelijk zijn in een democratische samenleving én, afhankelijk van de specifieke bepaling, ter bescherming van bepaalde *collectieve belangen*.

law!)[51]. Dworkin stelt namelijk dat de bescherming van persoonlijke vrijheid en autonomie, zoals vormgegeven door *rights*, vooral in overeenstemming is met het zelfbegrip van onze gemeenschap. Daarin is de gelijkheidsgedachte – alle burgers hebben gelijk recht op respect als autonoom en *dus* vrij persoon; vrijheid als functie van de gelijkheid! – volgens hem de meest wezenlijke politieke moraal die in de vorm van rechtsbeginselen of -waarden in het recht tot uiting komt, dat zelfs als geheel ondersteunt en kenmerkt.

36. Deze politieke moraal is ontleend aan of heeft zich ontwikkeld uit belangrijke historische gebeurtenissen, uit documenten (zoals voor Dworkin als Amerikaan bijvoorbeeld de *Declaration of Independence*, en voor ons Europeanen de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* of misschien wel het Plakkaat van Verlatinghe of de Belgische Grondwet van 1831), rechtspraak, maar ook uit ideeën over de samenleving als een *fair system of cooperation*[52]. Het is dus het resultaat van eeuwen democratisch denken en de ontwikkeling van een overeenkomstige juridische (constitutionele) praktijk. Daardoor is er niet alleen een publiek inzicht ontstaan over die democratische praktijk en dito waarden, maar heeft zich ook een zekere loyaliteit ten aanzien daarvan ontwikkeld. Het gaat in die zin dus niet om een louter toevallig en ook niet om een neutraal gegeven, maar om een praktijk die doorheen de geschiedenis een fundamentele betekenis heeft gekregen, en die vanuit die optiek dan ook niet zomaar kan worden ingeruild voor enige andere opvatting.

37. De bijzondere betekenis van de rechter begrijpt ook Dworkin, zoals Van Gerven, prominent als het bastion waarin die rechtsbeginselen uiteindelijk bescherming dienen te krijgen. De wetgever stelt door middel van wetgeving immers algemene regels op waarin beleidsargumenten en -doelen (*policy*) een bijzondere rol kunnen spelen. Maar dat ligt anders bij de rechtspraak. De interpretatie door de rechter van wetgeving zal in zekere zin moeten worden gestuurd door de waarden en beginselen (*principles*) die aan het rechtsbestel als geheel ten grondslag liggen. Bij de rechterlijke activiteit moet dan worden uitgegaan van de overweging dat in het bewerkstelligen en nastreven van beleid de overheid rechten aan de burgers heeft ontnomen. Zo zal bijvoorbeeld in de context van het strafrecht de rechter zich altijd moeten afvragen in welke mate een verdachte recht heeft op vrijspraak, en niet in welke mate de overheid het recht heeft dat de verdachte veroordeeld wordt.

38. In zijn boek *Law's Empire* uit 1986 heeft Dworkin hiervoor de frase *law as integrity* gemunt. Opnieuw stelt hij dat de rechter zich bij de interpretatie

---

[51] Vooral in R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1977) en R. Dworkin, *Law's Empire* (London: Fontana Press 1986). Een vroege formulering van Dworkins rechtstheorie is te vinden in R. Dworkin, "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review* 1967, 14-46.

[52] Om de terminologie van John Rawls te gebruiken: J. Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press 1996), 14.

van het recht moet laten inspireren door de waarden en politieke moraal van het rechtssysteem. Zou de rechter dat niet doen, dan zou hij het wezenlijke aspect ervan, zoals onder meer en misschien zelfs vooral tot uiting komend in de *constitution*, kunnen veronachtzamen: door middel van *rights* bescherming bieden tegen meerderheidsopvattingen.

39. Dworkins opvatting over *law as integrity* heeft een terugblikkend ("*fit*") en een toekomstgericht aspect ("*justification*"). Wat het eerste betreft: de rechter dient de morele principes die zijn interpretatie sturen dus te lokaliseren in de traditie – de historische en sociale kenmerken van het rechtssysteem. De rechter moet zich steeds afvragen of zijn interpretatie van dit netwerk "*could form part of a coherent theory justifying the network as a whole. No actual judge could compose of anything approaching a full interpretation of all of his community's law at once. But an actual judge can [...] allow the scope of his interpretation to fan out from the cases immediately in point to cases in the same general area or department of law, and then still farther, so far as this seems promising*"[53].

40. Zoals Van Gerven stelt ook Dworkin dat de rechter geen filosoof-koning is, en ook niet mag zijn. De rechter dient zich bij interpretatie immers te beschouwen als een van de vele auteurs van een kettingroman. Het recht is daarmee een *unfolding narrative*: het ontwikkelt zich niet willekeurig, maar als de uitdrukking van een onderliggend streven naar de vorming en explicitering van een coherent rechtsbewustzijn van de *gemeenschap*, zoals dat in het recht besloten ligt. Maar het gaat niet om een formeel-hiërarchische opvatting. Dat is een punt dat ook Van Gerven prominent maakt[54]. Van Gerven zowel als Dworkin doen bovendien *geen* beroep op waarden of beginselen in algemene zin – een dergelijke strategie zou de waardenbenadering reduceren tot *Einzelfallgerechtigkeit* of loutere billijkheidstoetsing; rechtsregels hebben daarin geen betekenis meer. Beiden stellen ze uitdrukkelijk dat de vermelde politieke moraal, in de vorm van die waarden of beginselen, in het (geschreven of ongeschreven) recht zelf te vinden moet zijn. De rechter richt zich daarnaar, moet die zelfs verbeteren naar de toekomst toe (dat is dan een kwestie van voortschrijdende interpretatie, in de woorden van Van Gerven)[55].

41. Hirsch Ballin ten slotte hanteert een feitelijke ontwikkeling naar meergelaagdheid – in de vorm van samenwerking én concurrentie – als aanleiding

---

[53] R. DWORKIN, *Law's Empire*, 245.

[54] Hoewel die normen veelal hoog in de formeel-piramidale structuur te herkennen zullen zijn.

[55] Dat doet bij zowel Dworkin als Van Gerven wel een potentieel probleem ontstaan. Want indien het doel van een interpretator het bewerkstelligen en bevorderen van integere coherentie op basis van het *bestaande* recht dient te zijn, zullen onvermijdelijk sommige onderdelen van het geëxpliciteerde (gepositiveerde) recht als dwaling verschijnen. Die moeten dan worden verbeterd. Maar wat als het recht zelf te veel fouten bevat en die integere coherentie er niet meer in ontdekt kan worden (zoals in apartheid Zuid-Afrika)? Anders gezegd: de doelstelling van integere rechtscoherentie wordt in deze theorie ook als vooronderstelling geponeerd.

voor een normatief pleidooi[56]. Hij gebruikt immers 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 commune*) betrokken worden. Dat betekent niet dat dat de betekenis van 'statelijkheid' een volkomen gepasseerd station is. Wat daarentegen wel voorbij is, is een vaak territoriaal gefundeerde exclusiviteit als basis van de wijze waarop rechtsbetrekkingen zich ontplooien. "De [...] gemiste [formele] democratische legitimiteit behoeft compensatie in de kwaliteit van hun oordelen en de motivering daarvan"[57]. Hoe dan ook, het coördineren van een netwerk aan rechtsordes deed Van Gerven en Lierman, zoals we zagen, grijpen naar collisieregels[58].

VII. TOT SLOT

42. De ontwikkeling naar een meergelaagde rechtsstructuur is vandaag veelvuldig en onvermijdelijk onderwerp van onderzoek. De impact ervan valt nauwelijks te overschatten. Desondanks proberen heel wat juristen de relatie tussen de verschillende rechtsordes nog steeds exclusief te begrijpen als een vraagstuk van formele hiërarchie: welk niveau van rechtsvorming is *uiteindelijk* de baas, heeft formeel gezien de ultieme autoriteit of het laatste woord: het nationale, supranationale, of nog een ander niveau? Door al vroeg in zijn academische carrière, te beginnen bij *Het beleid van de rechter*, in te steken op een meer kwalitatieve of materiële benadering van wat het betekent om aan het recht gebonden te zijn, heeft Walter van Gerven ons ver voorbij deze traditionele bronnenleer en een daarbij behorend concept van legitimiteit gebracht. Zijn visie culmineerde in het *Algemeen Deel – Veertig jaar later*, waarin via zijn waardedenken met een geheel getransformeerde rechtsorde een omgang werd gevonden; rechtseenheid is daarin nog altijd belangrijk, maar wordt nu via materiële weg bereikt. Dat Van Gerven met dit alles ons denken op scherp heeft gezet, is een verdienste die niet iedere auteur gegeven is.

---

[56] E.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling* (Utrecht: Lemma 1999). Over recht als netwerk en piramide, zie tevens F. Ost en M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit* (Brussel: Publ. FUSL 2002).

[57] E.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling*, 27-28.

[58] De ontwikkeling van formele naar meer materiële opvattingen van rechtsgebondenheid en legitimiteit, doet uiteraard ook vragen rijzen. Ik verwijs kortheidshalve naar M. Loth, "Eenheid in gelaagdheid. Over formele en materiële rechtseenheid in een meergelaagde rechtsorde", *Ars Aequi* 2018, 335-342. Marc Loth illustreert de in deze bijdrage besproken ontwikkeling aan de hand van het eerste arrest inzake *Urgenda*, zoals in 2015 gewezen door de Rechtbank Den Haag. Daarin werd, door gebruikmaking van uniformerende interpretatiestrategieën, gestreefd naar maximale coherentie tussen rechtsbronnen van uiteenlopende herkomst: Rechtbank Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7145/. Zie tevens M. Adams, *Teugels en tegenwichten in de democratische rechtsstaat. Over rechtspraak en politiek in de 21ste eeuw* (Paramaribo: FHR Lim A Po Institute 2016), 24 p.

Dat de houdbaarheidsdatum van *Het beleid van de rechter* bovendien nog altijd niet verstreken is, kan het fundamentele karakter van de monografie alleen maar bevestigen.